

UiO • Det juridiske fakultet

Hvor går grensen mellom avvergingsplikten i straffelovens § 139, og medvirkningsansvaret?

Kandidatnummer: 523

Leveringsfrist: 25.11.2013 kl. 12.00

Antall ord: 16223



Forord

Denne masteroppgaven utgjør den siste delen av Masterstudie i Rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo. Jeg har jobbet mot dette i fire år, og nå er det ved veis ende. Det har vært en lærerik og spennende tid. Å skrive denne masteroppgaven nå på slutten har vært både spennende og utfordrende. Spennende fordi det ga meg muligheten til å fordype meg i en problemstilling jeg synes er viktig. Utfordrende fordi dette er et tema som er lite belyst i rettspraksis, og fordi jeg har liten erfaring med å skrive så store oppgaver. Dette har vært et selvstendig arbeid, og jeg er veldig glad og stolt for at jeg nå er i mål.

Det er mange som har vært med på denne reisen. Først og fremst vil jeg takke for muligheten jeg har fått til å ta denne utdanningen, og for å få skrive denne masteroppgaven. Tusen takk til alle som har bidratt til dette.

Å skrive denne masteroppgaven har ikke bare vært en utfordring for meg, det har også vært en utfordring for min nærmeste familie. Jeg vil takke mine tre barn for at de har vært tålmodig og støttet meg hele veien. Ola for oppmuntrende kommentarer, Emma for stor interesse og tydelig glede over at mamma skal bli jurist, og min eldste datter Lisa- Marie for hennes spesielt store engasjement og glede over dette. Hun har følt spenningen på kroppen fordi hun fullførte et slikt løp selv tidligere i år. Til slutt vil jeg takke den som virkelig har stilt opp for meg fra start til slutt, min kjære Håkon. Takk for den utrolige tålmodigheten, det utrolige engasjementet og takk for at du har hatt trua hele tiden. «Kjør på» har vært standard replikken. Uten denne støtten har dette ikke vært mulig for meg.

Jeg vil også takke alle mine medstudenter som har gjort studietiden til en positiv tid for meg. Takk for gode diskusjoner og hyggelige stunder.

Til sist må jeg takke alle som har sendt meg utallige gode tanker og meldinger og oppmuntret meg gjennom dette arbeidet, det er skummelt å nevne navn men må ha med noen, Mamma, Tone, Bente, Ingunn, Jorunn, May-Brith, Hilde, Hilde, Eli, Marit, Britt, Anita, Klara

Madison Wisconsin, USA 18.11.2013, Siv Elisabeth Grønning Bergem

Innholdsfortegnelse

FORORD	II
INNHOLDSFORTEGNELSE	IV
1 PRESENTASJON AV EMNET	2
1.1 Innledning	2
1.2 Hensynet bak reglene om avvergingsplikten	4
1.3 Problemstilling	5
1.4 Rettskilder	5
1.5 Historisk utvikling og aktualitet	7
1.6 Avgrensning	8
1.7 Begrepsforklaring	9
1.7.1 Barn	9
1.7.2 Vanlige folk	9
1.7.3 Seksuell omgang	9
1.7.4 Seksuell handling	10
1.7.5 Seksuelt krenkende adferd	10
1.8 Videre fremstilling	11
2 RETTSLIG GRUNNLAG	12
2.1 Hovedregelen om avvergingsplikten som ligger i strl. § 139	12
2.2 Hvem har handleplikt?	13
2.3 Hvem skal handleplikten beskytte?	14
2.3.1 Hva er formålet med bestemmelsen?	14
2.4 Hva er rettsvirkningen om man unnlater å handle?	14
2.5 Unntak fra handleplikten	14
3 STRAFFBAR UNNLATELSE	16
3.1 Uekte unnlatesdelikter	16

3.2	Ekte unnlatelsesdelikter	16
4	ANSVARSLÆREN – STRAFFBARHETSBETINGELSENE	18
4.1	Innledning	18
4.2	Lovkravet	18
4.3	Objektiv overtredelse av straffebudet	19
4.3.1	«den som unnlater å anmelde til politi, eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handlingen eller følgene av den»	19
4.3.2	Hvem er pliktsubjektene i straffeloven § 139?	24
5	DEN SUBJEKTIVE SKYLD.....	26
5.1	Innledning	26
5.2	Skylden må foreligge på gjerningsøyeblikket	27
5.2.1	Hvilken skyldgrad kreves ved unnlatelsesforbrytelser	28
5.2.2	Hvilke momenter må skylden omfatte	29
5.2.3	Forsettet må dekke hele det objektive gjerningsinnhold	30
6	STRAFFRIHETSGRUNNER I STRAFFELOVEN § 139	34
7	TILREGNELIGHET	38
8	STRAFFOPPHØRSGRUNNER	38
8.1	Foreldelse	38
9	STRAFFELOVENS § 139 OG GRENSEN MOT MEDVIRKNINGSANSVARET	40
9.1	Generelt om medvirkningsansvaret	40
9.2	Hvilke handlinger omfattes av medvirkning?	41
9.3	LA – 2012-92858 – RG-2013-292	42
9.3.1	Medvirkning i form av passivitet	42
9.3.2	Medvirkningsansvaret	42
9.3.3	Foreldre har særskilt ansvar for barnet	46

9.3.4	Kan andre enn foreldre ha omsorgsansvar?	46
9.4	Straffeloven § 139 og medvirkningsansvaret	48
10	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	50
11	LITTERATURLISTE	52

1 Presentasjon av emnet

1.1 Innledning

Kan barn forvente at voksenpersoner som er i deres omgangskrets foretar seg noe for å avverge situasjonen, når de blir utsatt for mishandling eller seksuelle overgrep? Kan voksne som oppdager at barn blir utsatt for mishandling eller seksuelle overgrep, straffes om de ikke griper inn og avverger situasjonen? Dette skal jeg se nærmere på i denne fremstillingen.

Det har vært flere graverende saker som har vært oppe i media i de senere årene som har gitt meg interessen for å ta dette temaet nærmere i øyesyn. Jeg har flere ganger lurt på hvor de voksne rundt disse barna har vært. Med hvor de har vært, mener jeg ikke hvor de har vært fysisk, men hvor de har vært mentalt. Det kan virke som om voksne har store skylapper, og ikke vil se disse barna. De tør ikke stå frem «å være voksne» i slike situasjoner. Det blir for vanskelig, og ekkelt. Sakene kommer ikke opp, før barnet bryter sammen, dør eller noe annet grusomt skjer. Barnet må leve med det som er vanskelig og ekkelt alene, helt til de må ta ansvar selv, om de klarer. Tillater vårt retts-system denne feigheten av voksne? Gjør rettstaten nok for å få voksne til å avverge? Gir straffeloven § 139 og reglene om medvirkningsansvar som finnes i straffeloven barn det rettsvernet de har krav på? Dette er spørsmål jeg vil prøve å belyse.

De sakene som har kommet opp i media omhandler vold og seksuelt misbruk av barn. Dette ansees som overgrep mot barn, og er veldig trist lesning. Den siste saken som har berørt meg i søken etter stoff til denne oppgaven, er den såkalte Øygard-saken. Der en ordfører ble tiltalt og dømt for seksuelle overgrep overfor ei jente. Dette var et forhold som pågikk fra jenta var 13 år til hun var 17 år, i alt 22 måneder. Mannen var gift, og jenta hadde mor og far og steforeldre, og hun gikk på skole. I tillegg hadde ordføreren jenta med seg rundt omkring i landet, og presenterte henne for mange i det politiske miljøet han tilhørte. Dette vil si at det var mange voksne personer som observerte dette forholdet. Ingen

satte spørsmålstegn til samværet de to hadde. Det var jenta som måtte ta voksenrollen, og stå frem i saken å si at det som foregikk mot henne var galt.

Tidligere saker som har vært med på å gi meg inspirasjon til å se på denne problemstillingen er Kodalsaken, hvor stefaren ble dømt for å ha mishandlet Christoffer Kihle Gjerstad til døde. Det var flere rundt denne gutten som ante uro, uten at de grep inn. Alvdalsaken er også en veldig trist sak. Der ble flere barn misbrukt av flere voksne. Også i denne saken kan man spørre seg hvordan dette var mulig. Hvordan var det mulig at ingen av alle de voksne rundt disse barna oppdaget hva som foregikk, og at ingen tok affære for å hjelpe disse barna. Hvor var de voksne?

Barn er en gruppe av befolkningen som har særskilt behov for vern. I et intervju med VG (19.09.2013) understreket aktor i Øygard - saken, statsadvokat Klundseter at seksuelle overgrep mot barn er meget alvorlige straffbare handlinger mot personer som har et spesielt behov for beskyttelse. Dess yngre barna er, dess større beskyttelsesbehov har de. Kun vi som voksenpersoner kan gi barna den beskyttelsen de har krav på. Det er ingen forskjell på om det er barnet som selv tar initiativ til seksuell kontakt med den voksne, sier han.

Barnemishandling og seksuelle overgrep tilhører «de lukkede roms forbrytelser». Det er sjelden utenforstående vitner, og bevissituasjonen er ofte vanskelig. Det er ikke uvanlig at det er relativt klart at barnet er utsatt for noe kriminelt, det som er vanskelig er å finne ut er hvem som har begått ugjerningen i en begrenset krets. Dette er et problem som det er viktig å få en avklaring på. Noen må ta ansvar, og noen må få ansvar i slike situasjoner.

Hvor går grensen for straffeansvaret? Har alle voksne personer i møte med slike barn avvergingsplikt? Har noen mere ansvar for å avverge slike situasjoner enn andre? Er straffelovens § 139 med på å bidra til at overgrep mot barn blir avverget? Dette er også spørsmål som jeg skal prøve å besvare i denne fremstillingen.

1.2 Hensynet bak reglene om avvergingsplikten

Straffelovens grunnleggende formål med straff er å hindre uønsket adferd, og å styre borgernes adferd i ønsket retning [1]. I følge lovens forarbeider legger departementet til grunn at straffens formål må være å styrke adferden i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut i fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig. Selve straffeinstitusjonen har således forebyggelsesprevensjon som sitt formål. Straffens tilsiktede virkninger kan deles i tre hovedgrupper. To av virkningene er knyttet til straffens umiddelbare preventive formål. Individualpreventive virkninger, som er straffens evne til å påvirke den enkelte lovovertreder til ikke å begå nye lovbrudd i fremtiden, og allmennpreventive virkninger, som er evnen til å påvirke andre til ikke å begå lovbrudd. Den tredje tilsiktede virkningen av straffen har sin opprinnelse i gjengjeldelsesteoriene, og er knyttet til den adferdsregulerende virkning det har at lovbruddet blir straffet, gjengjeldt. At lovbruddet blir forfulgt og straffet bidrar til å skape trygghet og ro i samfunnet. Minsket frykt og mistenksomhet bidrar igjen til et åpent samfunn og til å forebygge uønsket selvtekt og privat håndhevelse. Straffens tredje tilsiktede virkning er således å bidra til den sosiale ro i samfunnet.

Hovedmålet med straffelovens § 139 er at visse alvorlige straffbare handlinger og følgende av dem skal avverges. I saker hvor barn blir utsatt for kriminelle handlinger skal denne bestemmelsen gi barn som er en svak gruppe, hjelp til å avverge handlingen eller følgende av dem. Bestemmelsen har ikke som hovedmål å straffe gjerningspersonen [2].

I situasjoner hvor det er straffbare handlinger som blir begått ovenfor barn, trenger barn ekstra beskyttelse. Straffeloven henvender seg derfor til de voksne som er i nærheten av barn, og pålegger dem en avvergingsplikt for å få voksne til å beskytte barna. Straffeloven ser på voksne som barns beskyttere. Da det har vist seg at mange voksne ikke ser sin rolle som beskytter der barn trenger hjelp, har straffeloven tatt sikte på å regulere dette forholdet gjennom å gjøre det straffbart å ikke avverge straffbare handlinger eller følgende av dem. Avvergingsplikten som er gitt i straffeloven § 139 er et virkemiddel som er gitt av lovgiver for å effektivisere barns rett til vern mot vold og overgrep.

Det har den senere tiden blitt satt stor fokus på forebygging og bekjempelse av vold i nære relasjoner. I forbindelse med dette arbeidet har reglene om avvergingsplikten blitt styrket. Målet med dette arbeidet har vært at alle hjem skal være en arena for trygghet og omsorg, frie for vold. Frihet fra vold er en grunnleggende forutsetning for vekst og livsutfoldelse, og for å kunne leve et godt liv. Den som opplever vold i hjemmet kan ikke lukke døra til verden og føle seg trygg. Hjemmet blir et farlig sted, og den som skulle gi støtte og nærhet blir en trussel. Følgene er alvorlige både for den som utsettes direkte, og for eventuelle barn som lever i en tilværelse preget av vold, eller overgrep [3].

1.3 Problemstilling

Formålet med denne besvarelsen er å klarlegge det regelsett som er tilgjengelig angående avvergingsplikten som finnes i norsk rett ved mistanke om at barn er, eller vil bli utsatt for en kriminell handling. I straffelovens § 139 finnes en avvergingsplikt, og ifølge de bestemmelser i straffeloven som omhandler vold og overgrep mot barn, gjelder prinsippet om at passiv medvirkning er straffbart. Den første problemstillingen som vil bli belyst er, hva innebærer avvergingsplikten som følger av straffelovens § 139? Neste spørsmål som skal belyses i fremstillingen er, når utløses handleplikten ifølge rettsreglene om passivt medvirkningsansvar? Den siste problemstillingen vil være, på hvilken måte gir straffeloven §139 og reglene om passivt medvirkningsansvar barn beskyttelse mot kriminelle handlinger?

1.4 Rettskilder

Den viktigste rettskilden for denne besvarelsen finnes i den Alminnelige Borgerlige Straffelov (Straffeloven) av 22.mai 1902 nr. 10.

Straffeloven § 139 vil være relevant for å finne en rettsregel som kan gi svar på problemstillingen angående avvergingsplikten som er pålagt. Videre vil reglene om medvirkningsansvaret være betydningsfulle for å kunne gi svar på oppgavens problemstilling.

Barneloven § 30 vil ha betydning for å fastsette foreldres omsorgsplikt, og Barnekonvensjonen artikkel 19 har retningslinjer for Norge som stat sin del av avvergingsplikten.

Forarbeidene til straffelovens bestemmelser, og forarbeidene til endringsbestemmelsene vil også være viktige rettskilder. Da spesielt prop.116 L(2009-2010).

Høyesterettspraksis er vanligvis en meget tungtveiende kilde i strafferetten. På området for straffeloven § 139 finnes det en meget begrenset rettspraksis. På grunn av dette faktum har Høyesterettspraksis som rettskildefaktor en noe annerledes verdi i dette tilfellet. Den begrensede praksis som finnes, befinner på området overordnede ansvar etter paragrafens tredje ledd. Rettspraksis på andre mer generelle områder kan derimot spille inn og ha en viss overføringsverdi. Dette gjelder for eksempel høyesterettsavgjørelser med prinsipiell betydning for medvirkningsansvaret. Avgjørelser fra lagmannsretten og tingretten vil bli brukt for å belyse denne problemstillingen. Dette er en rettskilde med begrenset rettskildemessig betydning, men i mangel av rettsavgjørelser i Høyesterett kan dette brukes for å belyse den rettslige situasjonen på dette området.

Juridisk teori er en omtvistet rettskilde det kan være vanskelig å avgjøre relevansen av. Om juridisk teori er en relevant rettskildefaktor avhenger av hvilket rettsområde man befinner seg på, og hvilke andre rettskildefaktorer som er tilgjengelige. Da det ikke finnes Høyesterettsavgjørelser som omhandler dette rettsspørsmålet direkte, vil juridisk teori ha større relevans her enn hva som ellers er vanlig ved tolkingen av et rettsspørsmål.

Juridisk teori som finnes om dette emnet vil dermed være en viktig rettskildefaktor i denne avhandlingen. Dette gjelder spesielt Johs. Andenæs sine verker, og da i særdeleshet hans bok «Alminnelig strafferett» 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Moen, også hans doktoravhandling fra 1941 «Straffbar unnlatelse – Et bidrag til strafferettsdogmatikken». Avhandlingen har siden den kom ut vært den viktigste teoretiske fremstillingen av straffbar unnlatelse. Videre vil også Erling Johannes Husabøs bok «Straffeansvarets periferi» være en verdifull kilde i denne sammenheng. Magnus

Matningsdals artikkel, «Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter» som ble publisert i Jussens Venner 2008 vil også være et viktig bidrag som rettskilde.

1.5 Historisk utvikling og aktualitet

Det rettspolitiske utgangspunkt for vold mot barn er tydelig, slike krenkelser skal ikke forekomme, og de må forebygges og bekjempes [4].

Endringer på dette rettsområdet tvinger seg frem ifølge forarbeidene til straffeloven [5]. Straffeloven har virket i 100 år. Ikke i noen tidsperiode har samfunnsforholdene endres seg så mye som i disse årene. Straffelovgivningen er et kulturprodukt. Synet på hvilke verdier som bør beskyttes og hvilke handlinger som er så skadelige at de bør straffe sanksjoneres, endrer seg med tiden. Derfor er det ikke gitt at grensen for hva som bør være straffbart, skal trekkes på samme måte i dag som i 1902. Det er også behov for å vurdere om samfunnsutviklingen har ført til visse «huller» i loven som foreløpig ikke er tettet igjen.

Det er mer fokus på overgrep og vold i hjemmet i dag enn det har vært tidligere. I vår tid eksisterer det mange ulike familiestrukturer. Foreldreansvaret er ofte delt, og barnet bor halvparten av tiden sammen med hver av foreldrene. Dette kan innebære at et barn kan bo med forskjellige steforeldre hver uke. Dette vil si at barn bor sammen med flere voksne som etter loven ikke har omsorgsansvar for dem. Dette kan føre til at barn ikke får den beskyttelsen de har krav på. Steforeldres rolle i denne sammenhengen bør derfor klarlegges. Den reelle tilknytningen mellom barnet og steforeldre kan være sterk. Om den ene av foreldrene grunnet samlivsbrudd ikke lengre bor sammen med den voldelige foreldren, kan en steforeldre med reell tilknytning være den eneste som kan beskytte barnet mot at foreldren med omsorgsansvar utøver vold mot barnet.

Barns rett til ikke å bli utsatt for vold, overgrep og utnyttelse er en grunnleggende rettighet som er vernet i barnekonvensjonen. Barnekonvensjonen legger til grunn at barnet med sin fysiske og mentale, umodenhet har behov for spesielle vernetiltak og særskilt omsorg. En internasjonal konvensjon om menneskerettigheter gjelder forholdet mellom stat og individ,

og det er statene som direkte pålegges plikter i forhold til individene. Artikkel 4 i barnekonvensjonen pålegger statene å treffe alle lovmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettighetene som følger av konvensjonen. Staten må derfor pålegge foreldre plikter i forhold til barn, et eksempel her er den norske barneloven § 30 som inneholder foreldreansvaret. Ved å gjøre barnekonvensjonen til en del av den nasjonale rett slik Norge har gjort, kan staten sikre at alle myndigheter, enkeltpersoner og organisasjoner blir direkte forpliktet av konvensjonens bestemmelser. Lovgiver har dermed plikt på seg til å følge med at de tiltak som er satt i verk for å beskytte barn mot vold, overgrep og utnyttelse til enhver tid er tilpasset samfunnsutviklingen.

Justisdepartementet lanserte i denne forbindelse i 2007 en handlingsplan kalt «Vendepunktet». Denne inneholdt 50 konkrete tiltak som skulle være med på å forhindre vold i nære relasjoner. I handlingsplanen ble det blant annet satt som mål at ofre for vold i nære relasjoner skulle sikres nødvendig hjelp og beskyttelse. Et av tiltakene som ble satt i gang var en utredning foretatt av regjeringen for å kartlegge behovet for å styrke det strafferettslige vernet for barn som opplever vold i familien. Som et ledd i denne kartleggingen ble avvergingsplikten i straffeloven av 1902 § 139 skjerpet til også å omfatte familievoldsparagrafen i straffeloven § 219. Denne endringen i straffeloven § 139 førte til et direkte ansvar for å ha holdt seg passiv til familievold. Lovgiver anser det derfor for straffverdig å forholde seg passiv til familievold. Dette er noe som kan tale i retning av at samfunnet og lovgivers verdier med tanke på familievold er endret i forhold til hvordan man så på slike situasjoner tidligere. Det økte fokuset på barns rettigheter den senere tid, gjør at det kan være naturlig å hevde at barns rettsbeskyttelse har blitt en viktigere verdi for samfunnet enn hva det har vært tidligere. Både politisk og i media har barns rettsikkerhet vært et aktuelt tema den senere tiden.

1.6 Avgrensning

Oppgaven handler om avvergingsplikten som voksne har ifølge norsk rett, når det oppstår mistanke om at barn er, eller blir utsatt for kriminelle handlinger. Da spesielt med tanke på vold og seksuelle overgrep. Det avgrenses mot avvergingsplikten som finnes i straffelovens § 387.

Jeg vil belyse den generelle avvergingsplikten som straffelovens § 139 oppstiller for vanlige folk. Dette betyr at jeg ikke vil si noe om profesjonelle barneverners avvergingsplikt i fremstillingen. Jeg vil videre avgrense oppgaven mot religiøst motivert omskjæring av barn, og barn som blir utsatt for tvangsekteskap. Videre vil jeg når det gjelder medvirkningsansvar, bare gi en fremstilling av Når det gjelder rettsreglene om medvirkningsansvaret, vil jeg bare drøfte reglene om når passiv medvirkning kan føre til straffbar medvirkning.

1.7 Begrepsforklaring

1.7.1 Barn

Det viktigste juridiske skillet mellom barn og voksen er når mindreårige blir myndige, dvs. ved myndighetsalderen. Mindreårige er etter Lov om vergemål umyndige (Vergemålsloven av 22.april 1927 nr 3) § 1, personer som ikke har fylt 18 år.

Fylte 18 år er også skillet mellom barn og voksne etter FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen), jfr. Artikkel 1. Bestemmelsen gir imidlertid rom for unntak, ved at nasjonal lovgivning skal gis forrang dersom den setter en lavere grense.

1.7.2 Vanlige folk

Med vanlige folk mener jeg i denne sammenhengen alle de som ikke er underlagt en forvaltningsmessig eller yrkesmessig taushetsplikt som følge av yrket de innehar, men også disse når de opptrer som privatpersoner. Under vanlige folk omfattes således alle oss som er naboer, venner, slektninger, arbeidskollegaer mv.

1.7.3 Seksuell omgang

Utuktig omgang (tidligere «utuktig omgang» og før dette igjen «utuktig omgjengelse» er et begrep som omfatter samleie, men som ikke er begrenset til det. Samleie kan ses som en kvalifisert form for seksuell omgang. Dette kommer klart frem i voldtektbestemmelsen (strl. § 192) som retter seg mot den som tvinger en annen til seksuell omgang, man har en høyere strafferamme hvis den utuktige omgang var samleie. Tilsvarende bestemmelser om strengere strafferamme for samleie finnes i strl. § 195. I strl. § 198 (søskenincest) er

straffetrusselen bare rettet mot samleie. Ved siden av samleie omfatter uttrykket seksuell omgang seksuelle handlinger med en viss intensitet.

1.7.4 Seksuell handling

Seksuell handling må avgrenses oppad mot seksuell omgang og nedad mot seksuell krenkende adferd. Språklig sett gir uttrykkene seksuell omgang, seksuell handling og seksuell adferd liten veiledning om grensen, men i praksis er den etter hvert blitt trukket opp temmelig detaljert [6].

Ved tilfellet av seksuelle handlinger omfatter slikt som beføling av kjønnsorganer eller bryster. Dette er ikke grovt nok til at man vil kalle det seksuell omgang. (f.eks. Rt. 1947 s. 394, 1976 s. 907, 1988 s. 1383) Samleielignende forhold betraktes derimot som seksuell omgang, f.eks. samleiebevegelser mellom en annens lår eller mot vedkomnes mage eller seteparti. Men det kan være seksuell omgang i lovens forstand selv om det ikke er foretatt samleielignende bevegelser. Hvis den ene part masturberer den annen, betraktes det således som seksuell omgang (se f.eks. Rt. 1981 s. 1108, s.981 og 1527). Det samme gjelder suging eller slikking av kjønnsorganer (eks. Rt. 1982 s. 983, 1987 s. 364 og 788), og innføring av fingre i kvinnens skjede (Rt. 1989 s. 517 og 979) eller endetarmsåpning (eks. Rt. 1990 s. 319 på s. 324). Generelt sett har det betydning hvor på kroppen befølingen eller berøringen har funnet sted og om det har skjedd utenpå klær eller på naken hud (se Rt. 2006 s. 431).

1.7.5 Seksuelt krenkende adferd

I strl. § 201 benyttes uttrykket seksuelt krenkende eller annen uanstendig adferd. Et typisk tilfelle er blotting (ekshibisjonisme). Når loven før 2000-revisjonen dels talte om utuktig adferd, dels om utuktig handling, berodde det ikke på noen språklig forskjell mellom uttrykkene «handling» og «adferd». Forskjellen lå på et annet punkt, og dette har ikke endret seg etter revisjonen av loven. Seksuell handling forekommer i sammensetningen seksuell handling med en annen, mens straffebestemmelsene mot seksuell adferd bare krever at adferden skjer i nærvær av eller overfor en annen, eller på offentlig sted, jfr. straffeloven § 201 bokstav a-c. Uttrykket seksuell adferd kan for øvrig også brukes som et overgrep som også omfatter seksuell omgang og seksuell handling. At en handling var utuktig etter den tidligere terminologien, innebar at den var i strid med samfunnets normer

for kjønnsedelighet. Vanligvis vil handlingen ha et seksuelt motiv, men nødvendig er det ikke. Handlingen foretas f.eks. utelukkende for å krenke eller ydmyke den annen, eller for å kjekke seg overfor noen (se prinsippdrøftelsen i Rt. 1938 s.646).

1.8 Videre fremstilling

Besvarelsen deles inn i ti kapitler. Etter innledningen utredes det rettslige grunnlaget for avvergingsplikten i straffelovens §139 i kapittel 2. Vilåårene for straffbar unnlatelse klargjøres i kapittel 3. I enhver oppgave på strafferettens område er straffbarhetsvilkåårene viktige. Derfor vil en stor del av besvarelsen konsentreres om disse. I kapittel 4 blir den objektive overtredelse av straffebudet drøftet. I kapittel 5 vil det bli en drøfting av den subjektive skylden. Straffrihetsgrunnene vil bli gjennomgåått og drøftet i kapittel 6, og kravet om tilregnelighet vil kort nevnes i kapittel 7. Videre i kapittel 8 vil straffopphørsgrunnen foreldelse drøftes. I kapittel 9 vil det bli en redegjøårelse av straffelovens § 139 sin grense mot medvirkningsansvaret. Avsluttende bemerkninger kommer i kapittel 10.

2 RETTSLIG GRUNNLAG

2.1 Hovedregelen om avvergingsplikten som ligger i strl. § 139

Denne bestemmelsen sier at det er straffbart «å unnlate å anmelde til politiet eller på en annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgende av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen vil bli begått». Strafferammen er bot eller fengsel inntil 1 år. Straffbarhetsbetingelsen forutsetter at det fremdeles er mulig å stanse handlingen. Vurderingen blir således fremtidsrettet og innebærer ikke en anmeldelsesplikt for handlinger som allerede er skjedd. Avvergingspliktens kjerneområde er å avverge straffbare handlinger som ikke er begått, men der det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen vil bli begått. I tillegg til disse handlingene, gir bestemmelsen en avvergingsplikt for handlinger som er begått, men der følgen av handlingen fortsatt kan avverges. Et eksempel på dette kan være hvor et barn har blitt mishandlet og man kan forvente at det dør. Avvergingsplikten vil være gjeldende til den straffbare handlingen er fullført. Ved pågående forbrytelser vil avvergingsplikten bestå så lenge det straffbare forholdet pågår. Plikten til å avverge følgene av den straffbare handlingen varer til følgene opphører [7].

Det stilles ikke noe krav til at man skal ha sikker kunnskap om at en straffbar handling kommer til å skje. Dette var regelen tidligere, men dette ble endret ved lovendring 25.juni 2010 nr 47. Avvergingsplikten gjør seg etter dette gjeldende fra man holder det som sikkert eller mest sannsynlig at en handling vil bli eller er begått, og at det fortsatt er mulig å avverge handlingen eller følgene av den. Kravet på «mest sannsynlig» innebærer at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt. En løs mistanke er derfor ikke tilstrekkelig, man må ha konkrete holdepunkter for å tro at en straffbar handling skal bli foretatt. Dette skyldkravet kommer frem i straffelovens § 40. For å kunne straffes etter straffelovens § 139 kreves det, i tillegg til at man mener det er «mest sannsynlig» holder det for overveiende sannsynlig at en straffbar handling pågår eller har blitt begått, må man være klar over eller regne det som overveiende sannsynlig at man kan forhindre den straffbare handlingen eller dens følger [8].

Avvergingsplikten som følger av denne bestemmelsen gjelder uten hensyn til taushetsplikt uansett rettslig grunnlag for taushetsplikten (se nedenfor i punkt 4.3.2). Hvilke straffbare handlinger avvergingsplikten omfatter er opplistet i paragrafens første ledd. Av betydning for denne avhandlingen nevnes følgende bestemmelser fra straffeloven, voldtekt (§ 192), misbruk av avhengighetsforhold (§ 193), seksuell omgang med barn under 14 år (§ 195), incest når barnet er under 16 år (§197 jfr. § 139 1.ledd nest siste setning), seksuell handling med barn under 16 år (§ 200 2.ledd) og familievold (§ 219). Formålet med bestemmelsen er å avverge disse alvorlige straffbare handlinger. Anmeldelse er bare en av flere alternative muligheter for å avverge handlingen. Anmeldelse er ansett for å være den mest nærliggende mulighet for å avverge de straffbare handlingene. Men det kan oppstå situasjoner der anmelderen forstår at anmeldelse ikke forhindrer den straffbare handlingen. Har anmelderen flere alternative avvergingsmuligheter i en slik situasjon, krever bestemmelsen at man benytter de muligheter som finnes for å avverge forbrytelsen og dens følger [9].

Avvergingsplikten kan dermed innfris på forskjellige vis, hva som kreves for å avverge kommer an på hvilken situasjon som skal avverges. I noen tilfeller kan man forsøke å overtale gjerningsmannen til å avstå fra å begå den straffbare handlingen, noen ganger kan man verne den som kan bli utsatt for den straffbare handlingen, og enkelte ganger kan det være tilstrekkelig å ta kontakt med barnevernet. Medvirkning straffes på samme måte. Det vil si at det er straffbart å medvirke til å ikke forsøke å avverge en straffbar handling. For eksempel ved å overtale noen til ikke å gjøre noe for å avverge et straffbart forhold.

2.2 Hvem har handleplikt?

Avvergingsplikten treffer alle. Det vil si privatpersoner og ansatte i offentlig stillinger, det kan være helsepersonell, ansatte i statlige og kommunale forvaltningsorganer og private organisasjoner [10].

2.3 Hvem skal handleplikten beskytte?

2.3.1 Hva er formålet med bestemmelsen?

Barnekonvensjonen artikkel 19 gir barn et vern mot å bli utsatt for overgrep fra sine omsorgspersoner. Bestemmelsen pålegger altså statene å sikre at barn ikke utsettes for psykisk og fysisk vold, omsorgssvikt eller utnyttelse.

Etter artikkel 19 er statene forpliktet til å sette i verk «alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak» for å beskytte barn mot omsorgssvikt og overgrep. Staten er altså forpliktet til å treffe alle egnede tiltak. Dette er en sterk forpliktelse. Det nærmere innholdet av forpliktelsen er ikke konkretisert i artikkel 19. Det er opp til hver stat å bestemme hvilke tiltak de vil sette i verk for å beskytte barn mot omsorgssvikt og overgrep. Straffelovens § 139 er et slikt tiltak. Lovgiver ønsker å oppnå å beskytte barn som blir utsatt for overgrep fra sine omsorgspersoner og andre med denne bestemmelsen. Lovgiver ønsker å få voksne til å avverge straffbare handlinger som blir begått mot barn. Det skal straffe seg å ikke avverge en straffbar handling som blir begått mot barn.

2.4 Hva er rettsvirkningen om man unnlater å handle?

Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som unnlater å avverge en straffbar handling. Jeg går ikke nærmere inn på straffeutmålingsspørsmålet, da dette ligger utenfor oppgavens område.

2.5 Unntak fra handleplikten

I straffelovens § 139 første ledd siste punktum finnes det første unntaket som finnes i bestemmelsen. Her oppheves avvergingsplikten ved forbrytelser mot straffelovens §§ 197 og 199 når fornærmede har fylt 16 år. Forbrytelser mot straffelovens § 197 er incest. Dette er seksuell omgang med slektninger i nedstigende linje. Forbrytelser mot straffelovens § 199 er situasjoner hvor noen har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt. I slike

situasjoner har man ikke avvergingsplikt etter straffelovens § 139 når barnet er over 16 år. Videre i bestemmelsens andre ledd finnes det andre unntaket. Dette unntaket sier at man er straffri såfremt forbrytelsen ikke kommer til fullbyrdelse eller til straffbart forsøk. I slike situasjoner er det ingen avvergelsesplikt. Det tredje unntaket er at man er straffri såfremt avvergelsen ikke kunne skje uten å utsette seg selv, en av hans nærmeste eller noen uskyldige for tiltale eller fare for liv, helbred eller velferd. Disse unntakene er nærmere utdypet i punktet om straffgrunnene under pkt 6.

3 Straffbar unnlatelse

Lovgivningen er bygd opp slik at den har bestemmelser som foreskriver hva man ikke skal gjøre, eller hva man skal gjøre. Det straffbare består enten i å gjøre noe en ikke skulle gjort, eller i å unnlate noe en skulle ha gjort. Sagt på en annen måte, overtredelsen kan gjelde et forbud eller et påbud. Der lovbestemmelsen er et forbud må det i utgangspunktet en aktiv handling til for å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. I disse tilfellene foreligger det en straffbar aktivitet, et handlingsdelikt. I de lovbestemmelsene som inneholder et påbud må det en unnlatelse til for å kunne bli straffet. I det siste tilfelle foreligger det en straffbar passivitet, et unnlatelsesdelikt. Ethvert straffbart forhold er enten det ene eller det annet, eller en kombinasjon av begge deler. I den videre fremstillingen er det den straffbare passivitet, unnlatelses ediktet som er av interesse. Det blir unødvendig å gå nærmere inn på handlingsdelikt i denne sammenhengen.

3.1 Uekte unnlatelsesdelikter

Det er vanlig å sonde mellom uekte og ekte unnlatelsesdelikter. De uekte unnlatelsesdeliktene er i de tilfellene en unnlatelse rammes av et straffebud som primært retter seg mot aktive handlinger. Disse straffebud beskriver det straffbare i uttrykk som utelukkende eller i alle fall i første rekke tar sikte på aktive handlinger [11]. De taler om den som forvolder et resultat, om den som borttar en gjenstand, den som forfalsker et dokument eller tvinger en annen. Her reiser det seg spørsmål, kan også slike straffebud overtredes ved unnlatelse? Og i tilfelle på hvilken måte? Dette blir vurderingen som går utenfor denne avhandlingens område, og jeg vil ikke gå nærmere inn på dette.

3.2 Ekte unnlatelsesdelikter

De ekte unnlatelsesdeliktene er de bestemmelsene i loven som retter seg mot en unnlatelse. Disse er formulert som en påbudbestemmelse. De påbyr bestemte handlinger og setter en straff for dem som ikke følger påbudet [12]. Gjerningsbeskrivelsens funksjon er å identifisere den handleplikt det er straffbart å ikke oppfylle. Hovedgjerningen må da regnes

for å være unnlatelsen av å oppfylle denne handleplikten [13]. Det er denne type unnlatelsesdelikter jeg skal se nærmere på. Bestemmelsen i straffeloven § 139 er et slikt ekte unnlatelsesdelikt. Bestemmelsen pålegger borgerne plikt til å anmelde eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgende av den. I prinsippet byr denne type unnlatelsesdelikter ikke på særlige vanskeligheter, men i enkeltilfeller kan det naturligvis oppstå tvil om hvor langt slike bestemmelser rekker. For å finne omfanget av de forskjellige ekte unnlatelsesdeliktene må man foreta en tolking av det enkelte straffebud. Dette vil jeg gjøre videre i oppgaven, ved å gå gjennom straffbarhetsbetingelsene som må foreligge for at man skal kunne bli straffet etter straffelovens § 139.

4 Ansvarslæren – Straffbarhetsbetingelsene

4.1 Innledning

Betingelsene for at en handling er straffbar, kan sammenfattes i fire punkter. Det må finnes et straffebud som passer med handlingen, det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn, f.eks. nødverge eller nødrett. I tillegg må det foreligge subjektiv skyld hos gjerningsmannen, som hovedregel forsett. Det siste kriteriet for at handlingen kan straffes er at handlingen er foretatt av en tilregnelig person [14].

Dette er betingelsene for at et straffeansvar kan oppstå. En annen sak er at et pådratt straffeansvar senere kan falle bort på grunn av foreldelse, benådning eller andre straffopphørsgrunner.

4.2 Lovkravet

Grunnloven § 96 slår fast at «ingen kan dømmes uten etter lov». Med «dømmes» mener Grunnloven her straffedømmes [15]. Grunnloven slår her fast legalitetsprinsippet (lovprinsippet) i strafferetten. Dette prinsippet slår fast at domstolene må ha hjemmel i lov for å statuere straffeansvar og å idømme en strafferettslig reaksjon [16]. Det kan være delte meninger om hvor strengt dette kravet skal oppfattes, f.eks. om det er adgang til utvidende eller analogisk tolkning av loven. Men det er prinsipiell enighet om at det ikke er tilstrekkelig for å ilegge straff at dommeren finner en handling forkastelig og straffverdig, det må finnes en straffebestemmelse som dekker handlingen for at straff skal kunne pålegges. Prinsippet i Grunnloven § 96 forbyr også at straff blir gitt på grunnlag av sedvanerett. Den sedvanerett det her er snakk om, er domstols praksis.

I straffelovens spesielle del beskriver straffeloven de forskjellige typer av samfunns skadelig opptreden som den belegger med straff. Det samme er tilfellet i spesiallovgivningen. Kravet om lovhjemmel er et krav om at handlingen skal svare til en av disse typer. Derimot er ikke Grunnloven § 96 forstått som et påbud om at også de generelle

straffbarhetsvilkår skal være fastsatt i lov [17]. I alminnelighet nøyer det enkelte straffebud seg med å beskrive den objektive siden av handlingen. Paragrafen sier ikke noe om hvilken skyldgrad som kreves. Dette fremgår av bestemmelsene i lovens alminnelige del. Etter straffelovens § 40 er hovedregelen at det kreves forsett ved overtredelse av lovens bestemmelser. Straffeloven § 139 er et eksempel på en bestemmelse hvor lovgiver ikke sier noe om hvilken skyldgrad som kreves. Bare i de tilfeller hvor det gjøres unntak fra hovedregelen om hvilken skyldgrad som kreves, sier det enkelte straffebud noe om den subjektive siden. Overtredelser av straffebud kan gjelde både et forbud eller et påbud. I det første tilfellet foreligger en straffbar aktivitet, et handlingsdelikt. I det siste tilfellet foreligger en straffbar passivitet, et unnlatelsesdelikt [18]. Straffelovens § 139 retter seg uttrykkelig mot en unnlatelse. For å finne ut hva som kan betegnes som en unnlatelse av § 139 skal jeg prøve å beskrive hva som er en objektiv overtredelse av straffebudet gjennom en tolking av bestemmelsens ordlyd.

4.3 Objektiv overtredelse av straffebudet

Bestemmelsen i straffelovens første ledd i § 139 retter seg først og fremst mot unnlatelse av å handle ved kunnskap om visse større forbrytelser og deres følger. Avvergingsplikten rammer mange ulike lovovertridelser, felles for dem alle er at de er alvorlige kriminelle handlinger. Som tidligere nevnt er formålet med bestemmelsen å avverge disse kriminelle handlingene, og ikke å straffe gjerningsmannen. I forhold til det som er temaet i denne oppgaven, så retter bestemmelsen seg mot unnlatelse av å avverge straffbare handlinger eller følgene av slike handlinger som rammer barn. Formålet med dette unnlatelsesdeliktet er å gi barn beskyttelse mot vold og overgrep.

4.3.1 «den som unnlater å anmelde til politi, eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handlingen eller følgene av den»

Når unnlater man ifølge straffeloven § 139? Eskeland hevder at en unnlatelse etter alminnelig språklig forståelse innebærer å forholde seg passiv i en situasjon hvor det er grunn til å forvente aktivitet [19]. Denne beskrivelsen passer således godt på forhold der voksne forholder seg passive til vold og overgrep mot barn. Lovteksten i bestemmelsen er

klart formulert, det vil si at det er enkelt for borgerne og forstå sin rettsstilling. Dette tilsier at man skal legge stor vekt på det som står i lovteksten. Lovens formål er i følge lovens forarbeider å avverge straffbare handlinger. Formålet med bestemmelsen vil også bli ivarettatt dersom man legger denne forståelse av unnlatelse til grunn. Dette er også et argument som taler i retning av å legge Eskelands forståelse av unnlatelse til grunn. Reelle hensyn tilsier også at den språklige forståelsen som Eskeland legger til grunn skal være gjeldende rett. En slik forståelse gir en godt resultat [20]. Med «resultatets godhet» siktes det i denne sammenhengen til om den generelle regel man kommer frem til, er innholdsmessig og retts teknisk god, og dels hvis det er et individuelt rettsspørsmål man skal ta stilling til, om løsningen er god i dette spesielle tilfellet [21]. Det er en akseptert holdning i samfunnet at barn trenger beskyttelse, og at det er de voksne som skal hjelpe barn i nød. Barna trenger de voksnes hjelp for å beskytte seg mot vold og overgrep. Det er grunn til å forvente at voksne skal gripe inn og avverge situasjoner hvor barn blir utsatt for vold og overgrep. Barn er å anse som forsvarsløse i forhold til voksne som utsetter dem for vold. De trenger hjelp for å avverge slike situasjoner. Forholder voksne seg passive i en situasjon det kan forventes at de skal være aktive, blir det derfor å betrakte som om de foretar en unnlatelse.

Det som blir den rettslige utfordringen her er å sette en standard for i hvilke situasjoner man kan forvente aktivitet. Det rettslige spørsmålet blir dermed, hvor går grensen for at man har gjort noe straffbart etter straffelovens § 139? I hvilke situasjoner kan man forvente at det kan oppstå en mistanke om at det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at en straffbarhandling vil bli eller er begått?

I en situasjon hvor barn på ulike måter gir signal om at de har det vanskelig, og disse signalene gjør oss bekymret, er det grunn til at man kan forvente aktivitet. Et slikt signal kan være på bakgrunn av noe barnet har sagt, eller har vist. Barnet kan ha vist utagering, tilbaketrekking og seksualisert adferd. En annen situasjon som kan utløse forventning om aktivitet er at man oppdager at et barn blir utsatt for noen av de straffbare handlingene som straffeloven § 139 omfatter. Det finnes ingen kunnskap om hvordan Høyesterett, eller

andre domstoler tidligere har praktisert denne bestemmelsen. For å prøve å få frem et bilde på hvordan rettsoppfatningen på dette området er, vil jeg vise til tre saker som omhandler vold og overgrep ovenfor barn.

Et eksempel på en situasjon som kan si noe om forvente aktivitet er Christoffer-saken. Dette er en barnemishandlingssak, med døden til følge, hvor 8 år gamle Christoffer Kihle Gjerstad (født 18.09.1996) døde 02.02.2005. Guttens stefar ble i 2008 dømt i Tønsberg tingrett til seks års ubetinget fengsel. I juni 2011 tok Riksadvokaten ut tiltale mot Christoffers mor for passiv medvirkning til vold med døden til følge. I april 2012 ble moren dømt for medvirkning til mishandling, til en straff av fengsel i to og et halvt år, og til å betale Christoffers far en erstatning på kr 250.000. Dommen ble anket og i Agder lagmannsrett ble moren dømt til betinget fengsel i et og et halvt år.

Christoffer-saken har fått stor oppmerksomhet i media. Christoffers far, mormor og morfar og Stines Sofies stiftelse har bidratt til at stefaren ble tiltalt og dømt for mishandling med døden til følge, og at moren ble tiltalt og dømt for medvirkning. Christoffer-saken har blitt beskrevet som «et nasjonalt symbol på systemsvikt og vold mot barn». Skadene på Christoffers ansikt og kropp bekymret mange, men ingen varslet, eller gjorde noe for avverge det som skjedde, til slutt døde han. Det ble ikke tatt ut tiltale mot noen jfr. § 139 i denne saken.

Et annet eksempel som kan si noe om forvente aktivitet er den såkalte «Alvdalsaken». I denne saken ble en mor og barnas stefar i 2010 dømt til femten års fengsel for grove seksuelle overgrep på sine to barn og to nabobarn. Et team på femten personer mente at den spesielle adferden til to av overgrepsofrene skyldtes autisme. Barnevernet i kommunen visste at stefaren var dømt til betinget fengsel i en overgrepssak i nabokommunen. Ingen av voksenpersonene rundt disse barna gjorde noe for å avverge det som skjedde, og det ble ikke tatt ut tiltale jfr. Straffelovens § 139 i denne saken heller.

Den siste saken som kan benyttes som eksempel i denne sammenhengen er den såkalte Øygard-saken. Viser til det som er skrevet tidligere om denne saken. I denne saken er det

heller ikke så vidt bekjent tatt ut tiltale mot noen som eventuelt kunne hatt plikt ifølge straffeloven § 139 om å foreta en aktivitet for å avverge det som skjedde.

Alle disse sakene viser til veldig alvorlige situasjoner. Alle barna som var involvert i disse sakene viste tydelige signaler på at de hadde det vanskelig, men situasjonene var ifølge påtalemyndigheten ikke av en slik kategori at man kunne ta ut tiltale for at de voksne rundt disse barna hadde unnlatt å avverge det straffbare som skjedde med barna.

Avvergingsplikten etter straffeloven § 139 første ledd går først og fremst ut på å foreta en anmeldelse til politiet «den som unnlater å anmelde til politi». Dersom de andre vilkårene i bestemmelsen ellers er oppfylt, kan det oppstå en form for anmeldelsesplikt ved kunnskap om alvorlige straffbare hendelser. Videre i bestemmelsen er ordlyden «eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling». Med en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd lagt til grunn hjemles her ikke en generell opplysningsplikt eller varslingsplikt, men en avvergingsplikt. De straffbare handlingene eller følgende av den skal avverges enten med anmeldelse til politiet eller på en annen måte. I følge forarbeidene til loven er formålet med bestemmelsen å avverge straffbare handlinger og følgene av disse. Det at gjerningsmannen blir straffet er ikke bestemmelsens formål [22]. For å unngå straff etter denne bestemmelsen må man dermed avverge det straffbare forholdet. I følge lovens forarbeider [23] er den viktigste og mest praktiske avvergingshandlingen å anmelde forholdet. Men etter omstendighetene kan det foreligge en plikt til å søke å avverge handlingen og eller dens følger på en annen måte i tillegg til å anmelde.

Spørsmålet som da kan stilles, er om man unngår straff om man anmelder saken til politiet? For å ta stilling til dette spørsmålet må man vurdere hvert enkelt tilfelle for seg. Det kommer an på hvilken situasjon man skal avverge. Politianmeldelse er som regel nok for å unngå straff. Men da hovedmålet er å avverge situasjonen kan det i noen tilfeller ikke være tilstrekkelig å bare anmelde saken til politiet. Det kan være at situasjonen krever at man må gjøre noe i tillegg til å anmelde for å avverge situasjonen som har oppstått. Straffeloven § 139 krever at man benytter seg av alle muligheter som er til disposisjon for å avverge den

straffbare handlingen. For eksempel ved en situasjon der det fremgår som sikkert eller mest sannsynlig at det foregår seksuelt misbruk av et barn. I en slik situasjon må barnet vernes mot den voksne som er overgriper, i tillegg til at man foretar en anmeldelse av forholdet for at situasjonen skal avverges. En anmeldelse alene er ikke nok for å avverge en slik situasjon. Barnet kan ikke bo sammen med den mistenkte overgriperen, eller få oppholde seg alene med den mistenkte overgriperen om de ikke bor sammen.

Anmeldelse alene er dermed ikke tilstrekkelig i alle situasjoner for å unngå straff.

Man kan også stille spørsmål om det er tilstrekkelig kun å avverge den straffbare handlingen eller følgende av den? Ordlyden i bestemmelsen sier at den som unnlater å melde til politiet «eller på annen måte søker å avverge en straffbar handling eller følgende av den» skal straffes. Det står ikke klart i teksten at man skal anmelde og avverge på en annen måte. Bestemmelsen kan forstås som om at det kan være nok å avverge. Med en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen lagt til grunn, kan man si at bestemmelsen ikke hjemler noen generell opplysningsplikt eller varslingsplikt, men en avvergingsplikt. Blant de straffbare forhold som gir en slik avvergingsplikt, er seksuelle overgrep mot barn samt grove legemsbeskadigelser og det å forvolde en annens død. Formålet med denne bestemmelsen er ifølge forarbeidene som nevnte ovenfor at slike lovbrudd skal avverges, det er ikke å straffe gjerningsmannen som er formålet med loven. Dette taler også for at det er nok å avverge en straffbarhandling eller følgende av den. Imidlertid vil dette være vanskelig å gjennomføre i det virkelige liv fordi plikten til å avverge er gjeldene til den straffbare handlingen er fullført. Videre er avvergingsplikten for pågående forbrytelser gjeldende så lenge det straffbare forholdet pågår. For følger av en straffbar handling er plikten til å avverge følgene av den straffbare handlingen gjeldende til følgene opphører [24].

Når det er barn som utsettes for overgrep eller vold må barnet beskyttes mot overgriperen eller den som utfører volden. Blir et barn utsatt for straffbare handlinger i hjemmet, hjelper det ikke å ta barnet ut bare for en kort tid, og stole på at de straffbare handlingene opphører. Har man først kommet i en situasjon der man har fått kjennskap til at barn utsettes for vold og overgrep i hjemmet har barnet krav på en beskyttelse som fordrer at politiet kontaktes.

En avvergelse alene er dermed ikke tilstrekkelig for å unngå straff i slike tilfeller.

«På et tidspunkt da dette fortsatt er mulig» hvilket tidspunkt siktes det til her?

Vilkåret for at avvergingsplikten skal inntre er at den straffbare handlingen eller dens følger fortsatt kan avverges. Avvergingsplikten knytter seg altså til det tidspunkt hvor den straffbare handlingen eller dens følger kan avverges. De tilfeller hvor den straffbare handlingen allerede er begått eller ikke lar seg avverge, faller utenfor avvergingsplikten. Det er altså en fremtidsrettet vurdering.

4.3.2 Hvem er pliktsubjektene i straffeloven § 139?

De fleste straffebud retter seg mot enhver som foretar den handling som budet beskriver: «Den som gjør det eller det, straffes slik eller slik» [25]. Noen straffebud derimot retter seg bare til en begrenset personkrets, og enkelte ekte unnlatesdelikt definerer subjektene så snevert at bare en person kan oppfylle det jfr. straffeloven §§ 240 og 241.

Straffeloven § 139 retter seg mot alle, dvs. at den retter seg mot privatpersoner og ansatte i offentlige myndigheter. Avvergingsplikten gjelder uten hensyn til taushetsplikt uansett rettslig grunnlag. Men et spørsmål som kan stilles her er hvor langt kan man gå ut av sin taushetsplikt for å avverge? Kan man gi alle opplysninger man har om en sak, om man blir innkalt som vitne i en eventuell rettsak? I følge NOU 2003:31 Retten til liv uten vold, avsnitt 11.7.5, er meldeplikten begrenset på grunn av lovpålagt taushetsplikt. Denne utredningen tar for seg den lovpålagte taushetsplikten som gjelder for helsepersonell, for ansatte i statlige eller kommunale forvaltningsorganer og private organisasjoner. Det finnes to typer unntak av taushetsplikten. For det første er det regler som gir opplysningsrett. Dette er regler som gjør at organet/fagpersonen selv kan avgjøre om det vil gi opplysningene eller ikke. Selv om taushetsplikten i disse tilfellene oppheves for eksempel ved samtykke, fører ikke dette til at det inntre opplysningsplikt. Organet selv kan i disse tilfellene avgjøre om de vil gi opplysningene. Den andre typen av unntak er opplysningsplikten. For at unntaket om opplysningsplikt skal bli gjeldende må det foreligge en lovhjemmel. I noen situasjoner foreligger det en plikt til å gi opplysninger, enten på oppfordring eller av eget tiltak. Dette er meldeplikten. I denne utredningen ble det

poengtert at «det imidlertid er viktig å huske på at avvergingsplikten aldri danner grunnlag for samarbeid og informasjonsutveksling». Det sies videre at «den kun gir adgang til å bryte taushetsplikten i en akutt situasjon der det er fare for alvorlige lovbrudd». Disse reglene er like for de ovennevnte organer/fagpersoner, og de inntre bare ved alvorlig lovbrudd.

Straffeloven § 139 er en lovhjemmel som kan legges til grunn for å oppheve lovpålagt taushetsplikt. Dette vil si at man kan gå ut av sin taushetsplikt for å avverge alvorlige straffbare forhold i en akutt situasjon. Men man har ikke rettslig grunnlag i straffelovens § 139 til å gå lengre enn akkurat dette. Man har bare grunnlag for å bryte taushetsplikten i en akutt situasjon.

5 DEN SUBJEKTIVE SKYLD

5.1 Innledning

For at det skal kunne ilegges straff, må det i tillegg til overtredelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet, nesten uten unntak, foreligge subjektiv skyld. Dette gjelder både for unnlatelser og for positive handlinger. Det mest vanlige kravet til subjektiv skyld ved straffeovertridelser er forsett. Ved noen tilfeller av straffeovertridelser er kravet til skyld uaktsomhet [26]. Denne skyldregelen kan begrunnes med at straff hindrer uønskede handlinger. Dette kan knytte seg direkte til straffens preventive formål. Det er individualpreventivt. Den som bare ved et rent uhell er blitt årsak til en rettskrenkelse, har ikke lagt for dagen noen farlighet, og den som har forbrutt seg forsettlig, har vist større farlighet enn den som bare har forbrutt seg uaktsomt [27]. Fra et allmennpreventivt synspunkt gjelder noe tilsvarende. Overfor den som ikke vet og ikke kan vite at han gjør seg skyldig i en rettskrenkelse, kan lovens straffetrussel ikke virke.

Det er to hovedformer av skyld, forsett og uaktsomhet. I den sentrale strafferetten er forsett den viktigste formen. Forsett kan igjen deles i to typer: hensikt og overlegg. Uaktsomhet kan deles inn i grov uaktsomhet og vanlig uaktsomhet.

Hovedregelen om skyldgraden som kreves for kunne ilegge straff etter straffeloven finnes i lovens § 40, 1.ledd. «Paa den, der ei har handlet med Forsætt, kommer ikke denne Lovs bestemmelser til Anvendelse, med mindre det uttrykkelig er bestemt eller utvetydig forudsat, at ogsaa den uagtsomme handling er straffbar».

I forarbeidene til straffeloven [28] finnes en definisjon på hva forsett skal innebære. Denne bestemmelsen er ny i forhold til den gjeldende straffelov. Det har ikke vært gitt noen definisjon av forsett i loven tidligere. I forarbeidene sies det at det ikke skal være noen endringer i reglene om forståelsen av forsett, men at den nye bestemmelsen innholdsmessig viderefører gjeldende rett. Dagens rettspraksis og juridisk teori vil fortsatt gi veiledning om hvordan forsetts begrepet skal forstås.

I følge den nye straffeloven av 20.mai 2005 § 22 foreligger forsett når noen:

1. Med hensikt foretar en handling som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, eller
2. Handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, eller
3. Regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, og bestemmer seg for å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen vil bli oppfylt.

I straffelovens § 139 er forsett et vilkår for straffbarhet. Det er ikke uttrykkelig bestemt eller utvetydig forutsatt i bestemmelsen at også den uaktsomme handling skal straffes. Derfor er det hovedregelen om forsett som gjelder.

I den videre fremstillingen vil jeg se nærmere på hva som ligger i forsettbegrepet i straffeloven § 139.

5.2 Skylden må foreligge på gjerningsøyeblikket

Forsettet må foreligge i det øyeblikket den ansvarsbetingende handlingen blir foretatt. En etterpå følgende godkjenning av handlingen har ikke samme virkning [29]. Ved en varig virksomhet, kan man bli ansvarlig om man fortsetter etter at man har blitt klar over situasjonen. Gjerningsøyeblikket i straffeloven § 139 er det tidspunktet hvor man avstår fra å avverge, og det fortsatt er mulig å avverge. For å bli ansvarlig for en slik handling må man dermed ha hensikt når det gjelder unnlatelsen, og man må vite at det fortsatt er mulig å avverge situasjonen. Et eksempel på en slik situasjon kan være. En person har et barn hos seg. Denne personen mener det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at dette barnet blir grovt mishandlet av sine foreldre. Denne personen velger å overlate barnet til foreldrene uten oppsyn på tross av at hun/han har sterk mistanke til mishandlingen. Hun/han vet at det er en mulighet å avverge situasjonen ved å kontakte politiet eller

barnevernet da hun har barnet i sin besittelse. Hun/han velger ikke å benytte denne muligheten. Barnet dør samme kveld av mishandling av foreldrene. To av straffbarhetsbetingelsene er her oppfylt. Den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet er oppfylt, og forsett foreligger.

Hadde denne personen ikke mistanke om mishandlingen før hun leverte barnet til foreldrene, men først tenke på det etter at hun hadde overlevert barnet, blir saken en annen. Da hadde personen ikke skyld ved gjerningsøyeblikket og straffelovens § 139 kan ikke komme til anvendelse.

5.2.1 Hvilken skyldgrad kreves ved unnlatelsesforbrytelser

Som tidligere nevnt er hovedregelen om den skyldgrad som kreves for å gi straff forsett. Dette gjelder også for unnlatelsesforbrytelser. Straffelovens § 40,2.ledd har en særregel for forseelser, som gjelder unnlatelser. Denne bestemmelsen hevder at « Forseelser, der bestaar i Undladelse, straffes, ogsaa naar den er forøvet at Uaktsomhed, med mindre det modsatte er udtrykkelig bestemt eller utvetydig forutsat». Hovedregelen her er altså at forsettelige og den uaktsomme overtredelse likestilles. Skyldgraden har i dette tilfelle bare betydning ved straffeutmålingen. Begrunnelsen for denne regelen er at det ved de fleste straffebud som omhandler unnlatelsesforseelser, er det nødvendig å ramme også uaktsomhet, fordi det er nesten umulig å føre bevis for forsett. Disse hensyn gjør seg ikke gjeldende i samme grad for unnlatelsesforbrytelser. Derfor kommer hovedregelen i straffelovens § 40,1 ledd til anvendelse her [30].

I enkelte straffebud bruker lovgiver uttrykk som reiser spørsmål om den krever vanlig forsett eller om den krever noe mer eller mindre. Hva som ligger i det uttrykket lovgiver bruker må avgjøres ved tolking av det enkelte straffebud. Det må foretas en vurdering om loven gjør avvik fra det vanlige forsettkrav, og hva som i tilfelle kreves, jfr. R.t. 1960 s 46 [31]. Straffeloven § 139 er en særbestemmelse hvor lovgiver sier noe ekstra om hvordan forsettet skal oppfattes. I følge straffeloven § 139 skal avvergingsplikten inntre når det «fremstår som sikkert eller sannsynlig» at handlingen er begått. Skyldkravet i straffeloven § 139 ble skjerpet ved lovendring i 2010 [32]. I følge lovforarbeidene innebærer

lovendringen en skjerping og utvidelse av avvergingsplikten som følger av straffelovens § 139. Endringene i første ledd er i all hovedsak i tråd med den vedtatte men ikke ikraftsatte § 196 i straffeloven. Tidligere inntrådte avvergingsplikten når man hadde sikker (påliteleg) kunnskap om at nærmere bestemte straffbare handlinger ville bli eller var begått. Endringen går ut på at avvergingsplikten inntre når noen holder det som sikkert eller mest sannsynlig at den aktuelle straffbare handlingen vil bli eller er begått. Dette innebærer en utvidelse av avvergingsplikten, i det det skal mindre til før en slik plikt inntre.

Skyldgraden i straffeloven § 139 er dermed nærmere bestemt det man kaller sannsynlighetsforsett. Det er ikke den objektive sannsynlighetsgrad som er avgjørende i dette tilfellet. Det er den sannsynlighet som gjerningsmannen regner med som er avgjørende. Dette er å regne som fastslått i rettspraksis (se f.eks Rt. 1911 s 599, 1920 s 845, 1945 s 273, 1947 s 248 og 1969 s 941.) Spørsmålet er hvor høy grad av sannsynlighet som kreves? I straffeloven § 139 kreves sikker eller mest sannsynlighet. Hva som ligger i dette er vanskelig å si. Det gir antakelig det beste uttrykk for rettstilstanden i dag å si at sannsynlighetsforsett foreligger når gjerningsmannen har betraktet som mer sannsynlig at det forbryterske resultat ville inntre enn det motsatte [33]. I sitt lovutkast bruker Straffelovkommisjonen uttrykket «mest sannsynlig». Samme formulering er brukt i NOU 2002,4, jfr. Utk § 3-9.

Nå er det slått fast at skyldgraden i straffeloven § 139 er sannsynlighetsforsett. Videre i fremstillingen vil jeg se på hvilke momenter i det objektive gjerningsinnholdet skylden må omfatte.

5.2.2 Hvilke momenter må skylden omfatte

Hovedregelen er at forsettet må omfatte alle momentene som gjør handlingen i bestemmelsen til en forbrytelse. Forsettet må som det gjerne blir uttrykt, dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i vedkommende straffebud [34]. Det kan være praktisk å skille mellom følgen av handlingen og andre gjerningsmomenter. Forsettet må omfatte de følger straffebudet nevner. Videre må forsettet også omfatte de øvrige ledd i straffebudets beskrivelse av den straffbare handlingen. Det objektive gjerningsinnholdet i straffeloven §

139 er som tidligere nevnt å unnlate å avverge en straffbar handling. De øvrige ledd i dette straffebudets beskrivelse er å anmelde til politiet eller på annen måte å avverge en straffbar handling eller følgende av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig, når det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen vil eller er begått.

5.2.2.1 Forsettet må omfatte de følger straffebudet nevner

For at man kan bli straffet etter straffelovens § 139 må man altså ha forsett i forbindelse med unnlatelsen av å avverge. Man må altså ha et bevist forhold til at man forholder seg passiv i en situasjon hvor man forstår at det forventes at man skal foreta seg noe.

Dette kan være en situasjon der man hører tydelig at et barn blir mishandlet, barnet gråter og roper om hjelp, og man velger å bare gå fra situasjonen uten å foreta seg noe.

5.2.3 Forsettet må dekke hele det objektive gjerningsinnhold

Forsettet må også omfatte de øvrige ledd i straffebudets beskrivelse av den straffbare handling. Det vil si at for å bli straffet må det foreligge forsett rundt omstendighetene ved handlingen. I denne forbindelse vil dette si at man må ha forsett når man velger å ikke anmelde eller ikke søker å avverge en straffbar handling på et tidspunkt da dette er mulig, og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen vil bli eller er begått. For at unnlatelsen skal bli straffbar, må det ikke foreligge uvitenhet angående omstendighetene som utløser avvergingsplikten. Dette følger som tidligere nevnt av hovedregelen i straffeloven § 40, at det kreves forsett for fellelse. For sikkerhets skyld har loven sagt det samme uttrykkelig i straffeloven § 42. «Har nogen ved Foretagelse av en Handling befundet sig i Uvidenhed angaaende Omstændigheder ved denne, der betinger Strafbarheden eller forhøier Straffeskylden, bliver disse Omstændigheter ikke å tilregne ham». Når det gjelder uvitenhet om faktiske forhold som kan oppstå i forhold til straffeloven § 139, om vold og overgrep mot barn er det vanskelig å tenke seg hva det kan være. Når et barn bærer preg av at det er mishandlet, og det kommer til stadighet med blåmerker og andre uforklarlige skader, er villfarelse om de faktiske forhold vanskelig å forklare. I følge barneloven av 8.april 1982 nr 7, § 30 «skal «barn ikke utsettes for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade

eller fare». Bestemmelsen inneholder altså et forbud mot å benytte vold eller annen fysisk eller psykisk skadelig handling i oppdragelsen av barn. Dermed kan man vanskelig komme i den villfarelse å tro at et barn som tydelig er utsatt for vold, ikke blir utsatt for noe som er ulovlig. Det samme gjelder ved seksuell omgang med barn, og ved seksuell omgang med slektninger- incest. Dette er situasjoner som straffeloven forbyr, og det er allment kjent. Det er vanskelig å tenke seg at noen kan være i faktisk villfarelse om de blir kjent med slike situasjoner. Straffeloven § 42 taler ikke bare om omstendigheter som betinger straff, den kan også komme til anvendelse der hvor loven har unntaksbestemmelser som fastsetter nedsatt straff eller hel straffrihet under visse forhold [35]. Straffeloven § 139 har en unntaksbestemmelse som fastsetter hel straffrihet såfremt avvergelsen ikke kunne skje uten å utsette ham selv, noen av hans nærmeste eller noen uskyldige for tiltale eller fare for liv, helbred eller velferd. Prinsippet i straffeloven § 42 kommer også til anvendelse her. Den som uriktig tror at han er i en slik situasjon, nyter altså godt av straffeloven § 42. Han nyter godt av det generelle prinsipp i vår strafferett at en person skal dømmes ut fra sine egne forestillinger om den faktiske situasjon, jfr. Rt. 1983 s1268 og 1991 s 455 [36]. En uriktig forestilling om betydningen av lovens uttrykk, eller manglende kunnskap om handlingens ulovlighet har derimot ikke samme virkning. Utgangspunktet er at om gjerningsmannen tar feil med hensyn til faktiske omstendigheter som er av betydning for lovligheten, bedømmes denne villfarelse etter straffelovens § 42, men hvis han har kjennskap til de faktiske forhold og bare har en feilaktig oppfatning av det rettslige spørsmålet om lovligheten, er dette en rettsvillfarelse som dømmes etter straffeloven § 57, og ikke etter straffeloven § 42. Dette fører sjeldent til straffrihet.

En situasjon hvor det kan oppstå rettsvillfarelse i forbindelse med straffeloven § 139, kan være der man ikke tror man har plikt til å avverge en straffbar handling som begås mot et barn om man ikke har omsorgen for barnet. Man er for eksempel en nabo, eller en bekjent av barnet og kjenner ikke til avvergingsplikten i straffelovens § 139.

I saker hvor det er foretatt et brudd på avvergingsplikten som følger av straffeloven § 139 kan det ofte bli spørsmål om gjerningsmannen handlet med den skyld som straffebudet krever.

For å ha handlet med den skyld som kreves, må gjerningsmannen i slike tilfeller ha forståelse for de faktiske forhold og omstendighetene ved situasjonen. Man må forstå at det er noe man må avverge.

Det som kan diskuteres er om gjerningsmannens intellektuelle utvikling kan få betydning ved avgjørelsen om vedkommende har handlet med den skyld som straffebudet krever. Dette ble gjort i LA - 2012-92858 –RG-2013-292 (saken mot Christoffers mor).

I denne saken ble en mor dømt for passiv medvirkning til legemsbeskadigelse med skadefølge overfor sin sønn på 8 år. Da hun forsto eller i det minste holdt det for mest sannsynlig enn ikke at ektemannen og stefar til sønnen utsatte barnet for vold, foretok hun seg ingenting for å hindre eller motvirke nye legemskrenkelser med skade følge. I denne dommen ble spørsmålet om personlige forutsetninger for straffbarhet tatt opp til vurdering. Forsvareren til tiltalte i saken la ned påstand om at tiltalte ikke hadde kognitive ressurser til å forstå og reflektere slik som andre ville ha gjort i lignende situasjoner, og viste til en WAIS-test som det ble gjort greie for av psykolog Laurie.

I sin drøfting av denne problemstilling sier dommeren

«der er i denne saken ikkje tale om at den tiltalte ikkje skulle vera strafferettsleg tilregneleg, jfr. Straffeloven § 44, men som det heter i Andenæs, Alminnelig strafferett, femte utgåve side 307: Det kan tilføyes at selv om det ikke foreligger grunnlag for å frita for straff etter § 44, kan gjerningsmannens intellektuelle utvikling få betydning ved avgjørelsen av om vedkommende har handlet med den skyld (forsett eller uaktsomt) som straffebudet krever»

Videre sier dommeren i denne saken,

«Det er likevel ikke slik at resultatet av ein intelligentstest åleine er avgjerande for vurderinga av dei personlege føresetnadene for strafferettsleg skuld. Andenæs sier til dømes om rettstilstanden før lovendringa der grensa for det strafferettslege tilreknelege låg på ein IQ på ca 50, Men dette ble ikke slavisk lagt til grunn. Det ble gjerne understreket at personlighet og evne til å fungere sosialt er vel så viktig som resultatet av en intelligenstest».

Dommeren viser også til en annen sak hvor dette synspunktet ble lagt tillagt stor vekt. Rt. 2003-533. Dommeren trekker frem dette sitatet fra dommen,

«konkret er spørsmålet om domfelte burde ha forstått at det var tale om penger som var resultat av straffbare handlinger. Jeg antar at det ved vurderingen av om det i et slikt tilfelle er begått straffbart

uaktsomt heleri, bør tas hensyn til personlige forutsetninger. Således vil både erfaring og mental utrustning kunne få betydning ved bedømmelsen av spørsmålet om den uvitende ektefelle eller samboer har utvist straffbar uaktsomhet i et slikt tilfelle».

I følge denne dommen har lagmannsretten ved vurderingen av tiltalte sitt forsett

«teke omsyn til vitneprov fra psykolog Laurie og testen han gjennomførte i 2008, men finn det bevist utover en kvar rimelig og forstandig tvil at tiltalte hadde evner og erfaringsgrunnlag til å forstå situasjonen den 1.februar 2005, og kvar den innebar for B, også i framtida».

I følge denne dommen la lagmannsretten i denne vurderingen vekt på

«at tiltalte, slik ho fremsto for alle som forklarte seg om henne, ikkje merka seg ut som ei som ikkje kunne setja saman og forstå samanhengar, samt daglegdags problem av ulik art». Dette var vidare noe som etter lagmannsrettens syn «tyder på normal evne til resonnement».

Retten har her lagt stor vekt på personlige forutsetninger og personens normale evne til resonnement i tillegg til tiltaltes intelligens ved vurderingen av tiltalte sitt forsett. Retten legger altså til grunn både tiltaltes evner og erfaringsgrunnlag når de vurderer om det foreligger strafferettslig skyld.

6 Straffrihetsgrunner i straffeloven § 139

Det er ikke alltid mulig når man former et straffebud å ta hensyn til alle særlige omstendigheter som kan ha betydning for vurderingen av den handling straffebudet beskriver. Det hender derfor ofte at en handling rammes av lovens beskrivelse, det vil si at den «fyller straffebudets gjerningsinnhold», uten at den rammes av straff. I slike tilfeller foreligger det en straffefrihetsgrunn [37]. Det er et vilkår for straffbarhet at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunn. Loven inneholder spesielle og generelle straffrihetsgrunner. Disse gir unntak for straff når de foreligger. Noen av unntakene gjelder bare for et enkelt straffebud, andre er av en mer generell art. Reglene om nødrett og nødverge er generelle straffrihetsgrunner.

I straffeloven § 139 finnes tre spesielle straffrihetsgrunner. Den første finnes i paragrafens første ledd. Bestemmelsen sier «Ved forbrytelse mot § § 197 og 199 gjelder plikten likevel bare når fornærmede er under 16 år». Dette vil si at man ikke har avvergingsplikt i tilfeller hvor det blir begått overgrep mot barn over 16 som er slektninger eller fosterbarn eller lignende til den som begår overgrepet.

I bestemmelsens andre ledd sier lovgiver at «Dog er man straffri, såfremt forbrytelsen ikke kommer til fullbyrdelse eller til straffbart forsøk». I slike situasjoner er det ikke noe som kan avverges. Bestemmelsen oppstiller en avvergingsplikt som er begrenset til det tidspunkt det enda er mulig å avverge noe, ikke noe mer. Dermed følger det ingen forpliktelse med en slik situasjon. Videre i annet ledd sier bestemmelsen, «eller såfremt avvergelsen ikke kunne skje uten å utsette ham selv, noen av hans nærmeste eller noen uskyldige for tiltale eller fare for liv, helbred eller velferd». Denne straffrihetsgrunnen gir mer rom for tolkning enn de to første. Før jeg ser nærmere på denne problemstillingen vil jeg definere noen av ordene i lovteksten. Det må først slås fast hva man legger i begrepet «hans nærmeste». I straffeloven § 5 finnes en legaldefinisjon på dette uttrykket. I følge denne paragrafen skal man legge følgende forståelse til grunn når loven bruker denne betegnelsen. Ordlyden i bestemmelsen er som følgende

«Udtrykket nogens nærmeste, er herunder indbefattet hans ægtefelle, beslægtede i lige Linje, Søsken og lige nær besvogrede, Fosterforeldre og Fosterbørn samt forlovede. Er ægteskabet opløst, begrunder det fremdeles Anvendelse af de om de nærmere givne Regler, forsaavidt angaar Begivenheder før Opløsning. Som besvogret ansees ogsaa den besvogredes ægtefelle. Når to personer bor fast sammen under ekteskapslignende forhold, likestilles det med ekteskap».

I følge forarbeidene [38] skal denne definisjonen begrenset til å gjelde i straffeloven.

Med en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd lagt til grunn kan dette forstås slik at noens nærmeste er ektefelle, tidligere ektefeller, samboere og forlovede. I tillegg beslektede i lik linje, søsken, svogre, svigerinner og deres søsken og fosterforeldre og fosterbarn. Videre er man ifølge bestemmelsen straffri, «såfremt avvergelsen ikke kunne skje uten å utsette han selv, noen av hans nærmeste eller noen uskyldig for tiltale». Å utsette noen uskyldig for tiltale, vil si at man utfører en handling som medfører at noen uskyldig blir anklaget av påtalemyndigheten. «Å utsette han selv eller noen av hans nærmeste eller noen uskyldig for fare for liv, helbred eller velferd» er det siste leddet som må defineres. I uttrykket «fare for liv» må det legges til grunn, fare for at noen skal dø. I uttrykket «fare for helbred», menes det i straffeloven at det er fare for at noen hensettes i avmakt, bevisstløshet eller lignende tilstand. Skaden kan være av både fysisk og psykisk karakter. «Fare for velferd» er et begrep uten klart innhold, men vil normalt gjelde tap som volder forringelse av en persons økonomiske forhold.

Loven sier dermed at om man unnlater å avverge, er man straffri om avvergelsen ikke kunne skje uten å utsette seg selv eller sine nærmeste, eller noen uskyldig for å bli anklaget av påtalemyndigheten, eller å dø, eller bli hensatt i avmakt, eller å bli utsatt for tap som volder forringelse av en personens økonomiske forhold.

Straffelovens § 139 er et eksempel hvor lovgiver selv angir en begrensning for handleplikten. Dette viser at også unnlatelser kan bli straffri etter nødretsprinsippet. Hvilken oppofrelse som kan kreves, må bedømmes i forhold til den enkelte lov [39]. Reglene om nødrett finnes i straffelovens § 47. Denne regelen tar sikte på en nødsituasjon og utvider handlefriheten utover det som er vanlig. I følge denne bestemmelsen kan ingen

«straffes for handling som han har foretaget for at redde nogens Person eller Gods fraen paa anden Maade uafvendelig Fare, naar Omstændighederne berettigede ham til at anse denne som særdeles betydelig i forhold til den Skade som ved hans Handling kunne forvoldes».

Nødstilstand forutsetter «en paa anden Maade uafvendelig fare» ifølge rettspraksis og juridisk teori er det likegyldig hvordan faren er oppstått. Etter loven må faren true «nogens Person eller Gods». Med dette er det angitt at nødshandlingen kan skje så vel til fordel for andre som til forhold for den handlende selv. Dette er en naturlig konsekvens av lovens standpunkt at nødshandlingen er objektivt berettiget, fordi den redder større verdier enn den ødelegger [40]. I følge rettspraksis gir angir loven ingen begrensninger med hensyn til nøds handlingens karakter. Unnlatelser kan også bli straffri etter nødrettsprinsippet jfr Rt. 1955 s 608. Forutsetningen for nødretten er alltid at omstendighetene berettiget den handlende til å anse faren som «særdeles betydelig i forhold til den skade» som kunne forvoldes ved hans handling. Ved å stille dette kravet gir loven uttrykk for at det skal sterke grunner til for å godta et slikt avvik fra de vanlige rettsregler som nødrett betyr. Loven er ikke konsis i sin uttrykksmåte når den stiller opp en fare og en skade opp mot hverandre. Meningen må være at det skal tas hensyn til både faregraden og størrelsen av den mulige skade på begge sider [41].

Nødrettshandlingen i dette tilfellet blir å unnlate å avverge en situasjon på et tidspunkt det fortsatt er mulig, når det fremstår som sikkert eller meste sannsynlig at handlingen vil bli begått. Det som skal reddes her er han selv, hans nærmeste eller en noen uskyldig. Den skaden som ved hans handling kunne forvoldes er den straffbare handlingen som blir begått mot barnet. Det som må vurderes er da forholdet mellom denne faren og denne skaden. I følge loven må faren være særdeles betydelig i forhold til skaden. Straffeloven § 139 stiller som sagt tidligere ikke opp noen plikt om at man må anmelde for å avverge, derfor kan man unngå å utsette en selv, eller ens nærmeste eller noen uskyldig for tiltale bare ved å benytte en annen tilgjengelig avvergingsmetode. Da blir skaden ved unnlatelsen av å avverge større en faren med å avverge. Det kan være vanskelig å tenke seg en nødrett situasjon, hvor det å unnlate å avverge en straffbar handling mot barn kan bli straffri, for de andre unntakstilfellene, fare for liv, fare for helbred og fare for helbred. I en slik situasjon er det samme fare som truer begge goder. Liv og helbred kan stå på spill for begge parter, og ett liv er ikke mere verdt enn et annet. Lovens formål som er å beskytte barn mot overgrep og vold vil være en vesentlig samfunnsinteresse som vil veie tungt i denne avveiningen. Men på den annen side er det vanskelig å gi straff til et menneske som tar

valget å unnlate å handle i en situasjon hvor man må velge mellom fare for liv og helbred for en selv, en av sine nærmeste og et barn. Barnet kan jo også være en av ens nærmeste. Dette gjør disse situasjonene veldig spesielle, og gir retten store utfordringer.

7 Tilregnelighet

Det siste subjektive straffbarhetsvilkåret jeg vil nevne er tilregnelighet. I følge straffelovens § 44 straffes ikke den som på handlingstiden var psykotisk, bevistløs eller psykisk utviklingshemmet i høy grad. Dette innebærer at handlingen må være gjort av en tilregnelig person for å være straffbar. Det forutsettes en viss grad av sjelelig sunnhet og modenhet hos gjerningsmannen for at man skal bli strafferettslig ansvarlig etter norsk lov.

Den kjente tyske strafferettsjuristen v.Liszt har gitt en definisjon på tilregnelighet. «Tilregnelighet er den normale evne til å la seg bestemme av motiver» [42]. Definisjonen sier ikke noe om hvor stort avviket fra det normale må være for at utilregnelighet skal konstateres. Vår lov og fremmede lands lover nøyer seg med å foreskrive hvilke særlige omstendigheter som utelukker tilregnelighet. Tilregnelighet er altså det normale, utilregnelighet er noe som krever særlig begrunnelse. Begrunnelsen for dette kravet om tilregnelighet er at det er urettferdig å straffe den som ikke kan for sine handlinger. Man kan også si at en utilregnelig person mangler skyldbevne.

Jeg vil ikke gå nærmere inn på spørsmålet om utilregnelighet, og vurderingene om når man er utilregnelig. Utgangspunktet for denne drøftingen er at barn bor med personer som er tilregnelige, og at de omgås for det meste tilregnelige personer. Derfor blir en utilregnelighetsvurdering på siden av denne oppgaven.

8 Straffopphørsgrunner

8.1 Foreldelse

Et straffeansvar kan fall bort på grunn av foreldelse jfr. straffeloven § 66. Hovedregelen om foreldelse finnes i straffeloven § 67. Foreldelsesfristen er varierende etter forbrytelsens grovhet fra to til tjuefem år. Når den høyeste lovbestemte straff er bøter eller fengsel inntil 1 år er fristen for foreldelse 2 år. Foreldelsesfristen for straffbare forhold som rammes av § 139 er to år. Utgangspunktet for fristberegningen finnes i straffeloven § 68. Hovedregelen er at fristen for foreldelse regnes fra den dag det straffbare forhold er opphørt. For unnlatelsesdelikter begynner ingen foreldelse å løpe så lenge en fortsatt unnlatelse er i

stand til å pådra straffeansvar, eller så lenge en strafferettslig sanksjonert plikt består [43]. I forhold som rammes av straffeloven § 139 vil avvergingsplikten gjelde så lenge det praktisk er mulig å avverge en situasjon, og ved vedvarende mishandling og misbruk så lenge forholdet pågår. Foreldelsesfristen regnes dermed fra det tidspunkt vedkommende senest kunne forhindret forbrytelsen, dvs. når avvergingsplikten er overtrådt.

Reglene om avbrytelse av foreldelsesfristen finnes i straffeloven § 69. Hovedregelen her er at fristen avbrytes ved rettergangsskritt som medfører at den mistenkte får stilling som siktet.

I forhold som rammes av straffeloven § 139 vil foreldelsesfristen kun brytes i de tilfeller hvor saken blir anmeldt, og det blir tatt ut siktelse mot noen. I saker hvor det straffbare forholdet blir avverget uten anmeldelse vil ikke foreldelsesfristen bli avbrutt. En av begrunnelsene for å ha regler om foreldelse er at bevisene blir mer usikre og faren for feiltagelser derfor større etter som tiden går. Noen bevis går tapt, og andre blir upålitelige. Noen bevis kan skifte helt karakter på grunn av erindringsforskyvninger og erindringsfortregninger. Ved å sette en frist for foreldelse, slipper man å ta avgjørelser på sviktende grunnlag. En annen begrunnelse for reglene om foreldelse er at behovet for straff avtar som tiden går. Det er særlig klart fra et individualpreventivt synspunkt. Om den skyldige har oppført seg bra i en årrekke, virker det mot sin hensikt å straffe ham først etter mange år. Har han gjort seg skyldig i nye lovovertrедelser, kan han straffes for disse. Hensynet til allmennprevensjon og gjengjeldelse gjør seg heller ikke gjeldende med samme styrke etter som årene går. Både den krenkede og allmenheten faller etter hvert til ro.

Når det gjelder avvergingsplikten blir dette med foreldelsesfristen litt spesiell. Ikke alle hensyn bak reglene kan la seg forklare i slike saker. I de fleste tilfeller er foreldelsesfristen utløpt når saken blir oppdaget, og de som skulle ha avverget går dermed fri. Stine Sofies stiftelse har fremmet forslag til lovgiver om at foreldelsesfristen for brudd på avvergingsplikten ikke skal begynne å løpe før barnet fyller 18 år i saker som omhandler familievold. Dette samsvarer med reglene for beregning av foreldelsesfristen for overtredelse av straffeloven §§ 195, 196.

9 Straffelovens § 139 og grensen mot Medvirkningsansvaret

9.1 Generelt om medvirkningsansvaret

Ofte er det flere som er sammen om utførelsen av en straffbar handling. Dette kan foregå på flere forskjellige måter. Noen ganger kan to være sammen om en straffbar handling. Begge handler da som hovedmenn, og begge to dekker gjerningsinnholdet i straffebudet. Noen ganger er det en hovedmann og en medhjelper. Noen ganger kan kun den ene ha utført handlingen, mens den andre bidratt med forberedelsene. I de to siste tilfellene er det bare hovedmannens handling som dekker straffebudets gjerningsinnhold. Medvirkning kjennetegnes med at straffeansvaret utvides i bredden. Dette betyr at handlinger som ikke omfattes av straffebudets gjerningsinnhold etter en konkret vurdering kan straffes. For at straffeansvaret kan utvides må det enkelte straffebud inneholde et medvirkningstillegg [44]. Årsaken til at straffeloven er bygd opp slik, er at enkelte handlinger som ikke oppfyller gjerningsinnholdet i straffebudet, er av en slik karakter at de bør omfattes av straffeansvar. Dette kan være for eksempel en handling som går ut på å oppfordre noen til å voldta en person. Blir denne handlingen utført bør også den som motiverte noen til denne handlingen straffes. Uten denne muligheten med reglene om medvirkningsansvar måtte lovgiver ha utformet en langt mer omfattende og detaljert straffelov enn det vi har i dag [45]. Straffeansvaret for medvirkning kan også være begrunnet i at straffbare handlinger begått av flere i samvirke, ofte kan få en særlig farlig karakter og krever høy straff. Helt motsatt kan den enkelte deltakers subjektive skyld ofte være mindre når han er sammen med flere, enn om han hadde foretatt en tilsvarende handling på egenhånd. Det er en alminnelig psykologisk erfaring at den enkelte får større mot, både til godt og ondt, når han vet han har andre med seg [46].

Det finnes to typer medvirkning. Den første er fysisk medvirkning, dette er fysisk medvirkning ved forberedelser eller gjennomføring av forbrytelsen. Den andre kalles psykisk medvirkning. Dette kjennetegnes med at man oppfordrer, oppmuntrer, frister eller truer gjerningsmannen til å foreta en straffbar handling [47]. Et spørsmål som dukker opp i denne sammenhengen, er om og i tilfelle når, en unnlattelse av å forsøke å forhindre at en

straffbar handling begås kan utgjøre straffbar medvirkning. I nyere teori har disse tilfellene vært utskilt som en egen kategori, og er betegnet som passiv medvirkning [48].

Det er den siste typen medvirkning som vil være tema for resten av dette kapittelet. Spørsmålet blir, når vil en unnlatelse av å forsøke å forhindre en straffbar handling utgjøre en straffbar medvirkning?

9.2 Hvilke handlinger omfattes av medvirkning?

Bestemmelsene som rammer de straffbare handlingene som denne oppgaven omfatter hører til i spesiallovgivningen. I spesiallovgivningen er hovedregelen at medvirkning er straffbart. Men for at handlingen skal kunne rammes av medvirkning må det stadfestes på hvilket tidspunkt handlingen har funnet sted. Hovedregelen om tidsmessig avgrensning er at bare bistandshandlinger som skjer forut eller samtidig med den straffbare handlingen kan omfattes av medvirkningsbegrepet [49]. Fullbyrdet overtredelse av et straffebud foreligger straks gjerningsinnholdet i straffebudet er oppfylt. Bistand etter at den straffbare handlingen er fullført kan derimot som utgangspunkt ikke straffes som medvirkning. Et unntak kan være om man på forhånd har avtalt å hjelpe til med noe. Dette regnes da som psykisk medvirkning til at den straffbare handlingen har blitt begått.

For at handlingen skal kunne omfattes av medvirkning må handlingen også fylle et årsaks krav. Årsakskravet som finnes i medvirkningsretten er langt mindre strengt enn det som finnes i erstatningsretten. Det er ikke mulig å angi presist hvor mye som kreves, det avgjørende synes å være om vedkommende handling har en slik karakter, og et slikt omfang at det finnes naturlig å knytte straffeansvar til det [50]. Eller som Andenæs uttaler det, «Det er bare et medvirkende årsaksforhold som kreves». Den juridiske utfordringen som ligger i dette, er å finne ut hvor mye som skal til for at man kan si at det foreligger psykisk medvirkning. I denne fremstillingen er det av interesse å finne ut, hva som skal til for at det ved unnlatelse av å avverge et straffbart forhold overfor et barn, kreves for at det foreligger straffbar medvirkning. For å finne hva som skal regnes som gjeldende rett på dette området vil jeg bruke dommen fra Agder Lagmannsrett som omhandler saken mot Christoffers mor. Dette er en ny dom som tar for seg dette spørsmålet.

9.3 LA – 2012-92858 – RG-2013-292

Denne dommen tar for seg en grundig vurdering av medvirkning i form av passivitet ved unnlatelse av å avverge et straffbart forhold overfor et barn. Dommen gir en omfattende gjennomgang av hva som ligger i foreldres særskilte handlingsplikt overfor barn som de har omsorgsansvaret for.

9.3.1 Medvirkning i form av passivitet

I denne saken ble en mor dømt for passiv medvirkning til legemskrenkelse med skadefølge overfor sin sønn på 8 år. Lagmannsretten drøftet i denne saken medvirkningsansvaret ved passiv medvirkning. Problemstillingen som ble drøftet var om mor ved ikke å gjøre noe, ved å holde seg passiv, skulle sees på som å ha medvirket til straffbar handling. På ett tidspunkt da hun forsto eller i det minste holdt det for mer sannsynlig enn ikke at ektemannen og stefar til sønnen, utsatte sønnen for vold, foretok hun seg ingenting for å hindre eller motvirke nye legemskrenkelser med skadefølge.

9.3.2 Medvirkningsansvaret

Lagmannsretten starter med å slå fast at omfanget av medvirkningsansvaret blir fastlagt etter en tolkning av den aktuelle regelen, og de nærmere omstendighetene i saken. Videre slås det fast at hovedregelen i norsk rett er at det blir krevd en aktiv tilskyndelse til den straffbare handlingen av fysisk eller psykisk karakter for å utløse medvirkningsansvaret. Ren passivitet er normalt ikke nok for å straffes for medvirkning, selv om det finnes en forutsetning om en spesiell plikt til å hindre den straffbare handlinga. Denne dommen viser at det finnes unntak fra denne hovedregelen. Dette unntaket gjelder for foreldre som har omsorgsansvar for barn. I følge norsk rett er disse pålagt en særlig handleplikt i situasjoner der barn blir utsatt for noe kriminelt. Dommeren viser til det Andenæs, Alminnelig strafferett, 5. utgave ved Matningsdal og Rieber-Mohn sier om den som har særlig handleplikt på siden 329, og legger dette til grunn før det slås fast at foreldre har særlig handlingsplikt.

«For den som har en slik særlig plikt til å gripe inn, kan det ikke kreves en positiv tilskyndelse som vilkår for medvirkningsansvar, det må være nok til å gjøre han ansvarlig at han overfor den skyldige gir uttrykk for at han ikke har imot handlingen».

Videre vises det til samme sitat fra Andenæs uttalelse

«et stilltiende eller uttrykkelig samtykke fra den som har en særlig plikt til å hindre den straffbare handling, betyr at en av de normale hindringene for forbrytelsen er ryddet bort, og kan derfor ikke betraktes på samme måte som et tilsvarende samtykke fra en utenforstående».

Retten har også lagt vekt på det Andenæs sier i sin bok *Straffbar unnlatelse* i § 24 om dette ved vurderingen om den særskilte handlingsplikten til foreldre. Her sier Andenæs

« for å kunna likestilla passivitet ved uekte unnlatelsesdelikt med aktiv handling, «må der foreligge en særlig forbindelse mellom den unnlatende og den interessekrenkelse straffebudet retter seg mot».

Lagmannsretten kommer frem til at

«den særlige tilknytninga mellom foreldre og mindreårige born, dvs. omsorgsplikta, tilsier at det ligg føre ei større plikt for foreldra til å hindra straffbare handlingar mot born enn for andre utanforstående».

Med dette slår lagmannsretten fast at foreldre har særskilt handlingsplikt ovenfor mindreårige barn. Det er den spesielle omsorgsplikten som foreldre har, som gir dem denne særskilte handleplikten til å hindre straffbare handlinger mot barn. Denne omsorgsplikten skal hindre at barn skal bli utsatt for straffbare handlinger. Utenforstående har ikke denne omsorgsplikten og dermed ikke den samme handleplikten. Retten legger til grunn at

«i Andenæs sitt krav om at det må liggja føre konkludent åtferd, ligg et krav om at den passivitet er tilgjengeleg som kunnskap for gjerningsmannen».

Videre viser retten til at Erling Johannes Husabø, i «Straffeansvarets Periferi» når det gjelder dette temaet. Lagmannsretten legger til grunn at de oppfatter Husabø sine synspunkter på det passive medvirkningsansvaret å skille seg fra Andenæs sitt syn. Husabø vil konstatere straffbar medvirkning også der hovedgjerningsmannen er uten kunnskap om den andre sin holdning til forbrytelsen og situasjonen. Han mener at

«Reelt sett er det etter mitt syn liten grunn til å unnlata å leggja medverkningsansvar fordi det ikkje har vore tid eller rom for nokon kommunikasjon mellom partane».

Den siste kilden fra juridisk teori som lagmannsretten trekker frem som relevant for å tolke denne rettsregelen er en artikkel av Magnus Matningsdal, «Medvirkning til straffbare handlinger» i Jussens Venner 2008 side 357. Retten trekker frem følgende avsnitt,

«Ansvar for passiv medvirkning forutsetter ikke at den aktive handlingen, som medvirkeren bebreides for å ha unnlatt, ville ha forhindret at den straffbare handlingen ble utført. Det er tilstrekkelig at den fysiske eller psykiske ville ha motvirket hovedgjerningen. Men for å unngå at ansvaret blir for omfattende, må den passive ha en særlig tilknytning til det aktuelle saksforholdet. Vedkommende må på et eller annet grunnlag ha en særlig plikt til å forhindre overtredelsen. Ved denne vurderingen er det viktig å ta utgangspunkt i at passivitet som hovedregel ikke er tilstrekkelig.»

Videre vises det til det Matningsdal sier om den særlige tilknytningen som foreligger mellom en overordnet og en underordnet. Det vises til følgende uttalelse,

«Det kan imidlertid neppe oppstilles et absolutt vilkår om at den overordnede opptreden kan regnes som et konkludent samtykke, men det vil føre for langt å gå inn på hvilke reservasjoner som må gjøres».

Lagmannsretten sier at Matningsdal i fotnote til denne setningen viser til Husabø si bok side 192-193, og at han kan

«truleg takast til inntekt for denne sine synspunkt på kva krav som må stillast for å konkludera med straffbar medverkning i form av passivitet».

Til slutt finner lagmannsretten det formålstjenelig å presiserer følgende,

«når det gjeld omsorgsplikta overfor born som ein har i sin varetekt, vil det nødvendigvis vera ein glidande overgang frå hendelege uhell som ingen kan lastas for, til manglande tilsyn, til omsorgssvikt og endeleg til dei tilfella der passiviteten må reknast som medverking til straffbare handlingar. Kvar grensa går mellom omsorgssvikt og straffbar medvirkning, må derfor avgjerast etter ei konkret vurdering av straffebudet og dei faktiske forholda i det enkelte straffebud».

Med dette belyser lagmannsretten at det er uenighet i juridisk teori om det skal kreves konkludent adferd, det vil si om det er et krav om at passiviteten er tilgjengelig som kunnskap for gjerningsmannen. Lagmannsretten får tydelig frem at det er enighet i juridisk teori om at det må være en tilknytning mellom den unnlattende og den interessekrenkelsen straffebudet retter seg mot. Den passive må på et eller annet grunnlag ha plikt til å forhindre overtredelsen. Dette vil si at lagmannsretten kommer frem til at det er en begrensning i det rettslige grunnlaget når det gjelder passiv medvirkning.

Videre trekker lagmannsretten frem en uttalelse fra Høyesterett som viser at konkludent samtykke ikke er uvanlig å legge til grunn ved psykisk medvirkning. Det vises til Rt-2002-1717 der ei kvinne var domfelt for overlagt medvirkning til drap. Kvinnen hadde på oppfordring fra noen skaffet til veie to pistoler, og overlevert disse selv om hun regnet det «som en realistisk mulighet at pistolene skulle benyttes til drap». Kort tid etter overleveringen regnet hun det som overveiende sannsynlig at drapsplanene var alvorlig ment, og at de ville bli gjennomført med de overleverte pistolene. Høyesterett uttalte så:

«Når hun likevel med denne kunnskap, og etter overlegg, ikke gjorde noe for å ta pistolene eller på annen måte motvirke at de ble benyttet, har hun ved sin unnlatelse gjort seg skyldig i overlagt medvirkning til forsettlig drap».

Etter en gjennomgang av omstendighetene i saken, og etter å ha kommet til at ektemaken til tiltalte ikke fikk noen reaksjoner fra tiltalte den aktuelle morgenen, hevder lagmannsretten at denne passiviteten er «å sjå på som konkludent åtferd, dvs. psykisk medvirkning i tråd med ovannemde sitat frå Andenæs s 329». Videre legger lagmannsretten til at

«tiltalte var mor til offeret, dvs. ein nærare «myndighetsperson» overfor guten enn stefaren, og når ikkje ho reagert på det ho heldt for overvegande sannsynleg hadde skjedd, og heldt det for overvegande sannsynleg ville skje igjen, låg det føre en situasjon der» en av de normale hindringer for forbrytelse er ryddet bort».

Lagmannsretten mente at det oppsto en særlig handleplikt for å motvirke og eventuelt hindre nye overgrep. Denne handleplikten oppsto ifølge lagmannsretten «som en følge av tiltalte si særlege stilling som den nærmaste omsorgsperson for B». Denne handleplikta er etter lagmannsrettens syn et kjernepunkt i Husabø sin fremstilling om det straffbare medvirkningsansvaret i form av passivitet. Lagmannsretten er enige med Husabø når han sier «Omsorgsansvaret veg så tungt at foreldre bør ha plikt til å avverja alle typar alvorlege integritetskrenkingar mot barnet».

Lagmannsretten avslutter med å si

«men sjøl om ektemaken ikkje skulle ha noko grunnlag for å ha noko oppfatning av tiltalte si haldning til ektemaken si handtering av B etter at ho hadde hatt møte med skulen, inneber tiltalte sin

passive samanhelde med den særlege handleplikta ho hadde i kraft av sitt omsorgsansvar, at det ligg føre straffbar medvirkning».

Lagmannsretten la med dette til grunn at tiltalte ved sin passivitet har medvirket til legemskrenkning med skade eller mulige smerter til følge, og mot en forsvarsløs person jfr. Straffeloven 228 første og andre ledd, første straffealternativ, jfr. § 232.

Med dette slår lagmannsretten i denne saken fast at man kan konstatere straffbar medvirkning også der hovedgjerningsmannen er uten kunnskap om den andre sin holdning til forbrytelsen og situasjonen. Det er dermed ikke nødvendig med konkludent samtykke for å fastslå medvirkning. Lagmannsretten sier det er tilstrekkelig at, den som har en særlig handleplikt i kraft av et omsorgsansvar forholder seg passiv, for å kunne straffes for medvirkning. Med dette legger lagmannsretten Husabøs syn til grunn ved sin slutning når de skal fastsette rettsregelen.

Dette vil si at for å bli pålagt medvirkningsansvar må man ha særlig handleplikt i kraft av omsorgsansvar for barnet som blir utsatt for en kriminell handling.

Et spørsmål som er av interesse i denne sammenhengen er da, hvem kan ha slikt omsorgsansvar for barn? Dette vil bli nærmere belyst i neste avsnitt.

9.3.3 Foreldre har særskilt ansvar for barnet

De som har foreldreansvaret for barn har etter barneloven § 30 det primære ansvaret for å sørge for ivaretagelse av barnets behov samt beskytte barnet. På samme måte har den som har samværsrett med barnet, rett og plikt til å gi barnet 'omsut og omtanke' ifølge barneloven § 42 andre ledd. Dette innebærer at forelder har et lovpålagt omsorgsansvar for sine barn og har dermed en spesiell avvergingsplikt om barna blir utsatt for noe kriminelt.

9.3.4 Kan andre enn foreldre ha omsorgsansvar?

Spørsmålet er så videre om det ut i fra den gjeldende rett kan stille opp en tilsvarende handleplikt for den som ikke har formelt omsorgsansvar, men derimot har en reell

tilknytning til barnet. Kan en steforeldre som deler husstand med barnet ha plikt til å gripe inn ved vold og overgrep som blir begått mot barnet?

Dette er temaet ble tatt opp i den såkalte Alvdalsaken, LE-2011-35643. Lagmannsretten i Alvdalsaken uttalte at «også stefar hadde handleplikt til å gripe inn». Retten mente i denne saken at også personer uten biologisk tilknytning til barnet har et ansvar for å hindre vold og overgrep. Sakens grove karakter kan være noe av grunnen til at ansvaret ble trukket så langt som til også å omfatte stefar.

Dette kan også tolkes ut ifra meningen som ligger i straffelovens § 219 hvor omsorgsansvar heller ikke krever biologisk tilknytning. Denne bestemmelsen nevner straff for vold mot «noen i sin omsorg» Dette vilkåret innebærer også ansvar for vold mot personer uten biologisk tilknytning, men som står under gjerningsmannens omsorg, slik som f.eks. stebarn, fosterbarn og pleiebarn.

Under behandlingen av Alvdalssaken i tingretten, TNOST-2010-153052 ble det påpekt av tingretten ««ofte var det også andre barn og voksne tilstede ved overgrepene» Selv om det var andre voksne til stede ved overgrepene var det bare omsorgspersonene til de misbrukte barna som ble stilt til ansvar for passiv medvirkning.

Her vises konsekvensen av begrensningen i det rettslige grunnlaget når det gjelder passiv medvirkning. Vilåret om at det må foreligge en særlig tilknytning mellom medvirker og den interessekrenkelse som finner sted. De voksne som mangler denne tilknytningen kan dermed ikke bli ansvarlig for passiv medvirkning.

Steforeldre som har barn under sin omsorg kan dermed bli ansvarlig for passiv medvirkning slik som det ble bestemt av lagmannsretten i Alvdalsaken.

Etter en gjennomgang av de to rettslige grunnlagene for avvergingsplikten skal jeg i kommende avsnitt se på forskjellene ved disse bestemmelsene og hvordan de utfyller hverandre.

9.4 Straffeloven § 139 og medvirkningsansvaret

Både straffelovens § 139 og det rettslige grunnlaget for passiv medvirkning er virkemidler som lovgiver har gitt for å gi barn et bedre rettsvern. Begge disse rettslige grunnlagene gir barn rettslig beskyttelse mot vold og overgrep. Straffelovens § 139 ble ved lovendring i 2010 styrket og utvidet. Og på området når det gjelder passiv medvirkning ved overgrep og vold mot barn har det vært en positiv utvikling i rettspraksis den senere tid. Det har blitt tatt ut tiltale mot foreldre for passiv medvirkning til vold og overgrep, og det har blitt fastsatt dom i slike saker som vi har sett tidligere i besvarelsen. Dommen som det ble vist til i foregående avsnitt viser at rekkevidden av det passive medvirkningsansvaret har blitt utvidet. Dette tyder på at lovgiver ser på begge disse rettslige grunnlagene som viktige og nødvendige hjelpemidler i kampen mot vold og overgrep mot barn. Det er også tydelig at lovgiver gjør sitt for å tilpasse disse virkemidlene slik at de skal passe inn, og kan brukes i dagens samfunn.

Det er tidligere i oppgaven slått fast at straffelovens § 139 gjelder for alle. Alle kan derfor i utgangspunktet bli dømt etter denne paragrafen om alle straffbarhetsbetingelsene er oppfylt. Det kan også tas ut tiltale mot flere personer i samme sak. Det er ikke noe krav om tilknytning for å dømmes etter straffelovens § 139. Straffelovens § 139 er nylig skjerpet og utvidet slik at den skal gi flest mulig en avvergingsplikt. Den gir uttrykk for en generell avvergingsplikt i samfunnet, og et rettslig grunnlag uten begrensninger. Avvergingsplikten er absolutt. Dette skiller straffeloven § 139 fra rettsregelen om passiv medvirkning.

Som vi har sett tidligere i oppgaven er kravet om tilknytning en begrensning i det rettslige grunnlaget ved passiv medvirkning. Det kreves at det må foreligge en særlig tilknytning mellom medvirker og den interessekrenkelse som finner sted for at det kan konstateres medvirkning. Dette er en begrensning som er satt for å unngå at ansvaret blir for omfattende. Hovedgrunnen bak dette må være at man må ha mulighet til å avverge, og dette krever en viss tilknytning.

Lovgiver vil med disse to rettslige grunnlagene, gi barn en regel som sier at alle har plikt til å avverge kriminelle handlinger som begås mot barn, og en regel som i tillegg pålegger omsorgspersoner ekstra avvergingsplikt. Omsorgspersoner har ifølge lovgiver en større mulighet enn utenforstående til å avverge, derfor blir de tillagt et enda større ansvar.

Disse to bestemmelsene retter seg dermed mot to forskjellige målgrupper lovbrøyttere. Straffeloven § 139 retter seg mot alle i samfunnet, og reglene om det passive medvirkningsansvaret retter seg mot omsorgspersoner.

En annen forskjell mellom disse to rettslige grunnlagene er at de ikke har samme formål. Hovedformålet med straffelovens § 139 er som påpekt tidligere å avverge straffbare handlinger mot barn. Hovedsaken er ikke å straffe hovedgjerningsmannen. Formålet med medvirkningsansvaret er å straffe den som medvirker til en straffbar handling. I dette tilfellet gjør den medvirkende noe straffbart selv, han bidrar, motiverer, truer eller oppfordrer noen til å gjøre noe straffbart.

Disse to bestemmelsene har dermed to virkeområder. I en situasjon hvor en person som mangler den tilknytningen som medvirkningsansvaret krever unnlater å avverge en straffbar handling overfor et barn, kan det tas ut tiltale mot han etter straffelovens § 139. Motsatt, i en situasjon der en person som har den tilknytningen som kreves unnlater å avverge, kan det tas ut tiltale med bakgrunn i reglene om passiv medvirkning. Den siste situasjonen er mer straffverdig, og da trenger man medvirkningsbestemmelsene for å kunne gi en rettferdig straff. Dette viser at det er behov begge reglene for å kunne pålegge voksne å avverge straffbare handlinger som begås mot barn.

10 Avsluttende bemerkninger

I følge norsk lov kan barn forvente at voksne i deres omgangskrets foretar seg noe for å avverge straffbare handlinger de blir utsatt for. Og voksne som ikke griper inn og avverger straffbare handlinger som blir begått mot barn kan straffes. Slike handlinger kan bli straffet både etter straffelovens § 139 og etter reglene om passiv medvirkning.

Etter en tolking av avvergingsplikten som ligger i straffelovens § 139 kommer det klart fram at vi har en avvergingsplikt som gjelder vanlige folk i norsk rett. Og ved en gjennomgang av rettstilstanden når det gjelder passiv medvirkning kommer det frem at personer som har barn i sin omsorg har en særlig avvergings plikt når de oppdager at barn blir utsatt for straffbare forhold. Dette vil dermed si at de to bestemmelsene utfyller hverandre. Og at vi har bruk for begge regelsett for å oppfylle det krav Barnekonvensjonen stiller til Norge som stat for å beskytte barn mot vold og overgrep. Disse reglene gir barn en god beskyttelse om de fungerer som de skal. Men etter å ha gått gjennom rettstilstanden på dette området har det kommet frem at straffelovens § 139 ikke er i bruk. Det kan derfor ikke sies at straffeloven § 139 er et effektivt middel for å avverge straffbare handlinger mot barn. Avvergingsplikten har den senere tid dermed blitt utvidet og styrket uten at dette har ført til at den har kommet til anvendelse. Dette tyder på at lovgiver har store intensjoner om å styrke barns rettsikkerhet gjennom straffelovens § 139. Lovgiverviljen er på plass, men den myndighet som skal bruke loven følger ikke opp lovgivers intensjoner.

Hva som er årsaken til at denne paragrafen ikke brukes kan være mange. Den positive utviklingen på rettsområdet når det gjelder medvirkningsansvaret kan være en av årsakene til at noen mener denne bestemmelsen har blitt overflødig. Dette bidrar til å gi barn bedre rettsikkerhet på en bedre måte, men lovgivers ønske om at alle skal ta et ansvar og avverge straffbare forhold som blir begått overfor barn blir ikke ivaretatt. Avvergingsansvaret overlates til omsorgspersonene rundt barnet, og alle andre slipper på denne måten å bry seg. Dette fører til at barn mister mange av sine hjelpere. Den tilsiktede virkningen av lovendringen har dermed ennå ikke slått til.

En annen grunn til at domstolene ikke har tatt stilling til spørsmålet om avvergingsplikten

kan være at påtalemyndighetene ikke har brakt spørsmålet inn for retten.

Det finnes dermed ingen Høyesterettsdommer på dette området, og det er vanskelig å finne avgjørelser fra underrettsdommer fordi tilgangen på disse ikke er fullstendig. Det er dermed vanskelig å si noe om det er ført slike saker for underretter tidligere.

Årsaken til at straffelovens § 139 ikke har vært brukt kan også være den vanskelige bevissituasjonen som oppstår i disse sakene. Beviskravet ble etter lovendringen senket uten at dette synes å ha påvirket påtalemyndighetenes holdning til å ta ut tiltale i slike saker noe særlig. De ellers særlige omstendigheter som finnes i slike situasjoner kan også være en grunn til at det ikke er tatt ut tiltale etter denne paragrafen. Jeg kan nevne situasjonen i Christoffer saken som eksempel her. Der ble det ikke tatt ut tiltale mot mormor til Christoffer, selv om hun var en av dem som hadde vært veldig bekymret for Christoffer uten å gjøre noe med det.

Den positive utviklingen når det gjelder medvirkningsansvaret har gjort sitt til at det er en klar tendens til at det har blitt tatt ut tiltale i flere saker der foreldre har forholdt seg passive til vold og overgrep mot barn i de senere år. Dette er et nytt positivt trekk i norsk rett. Grunnen til denne utviklingen kan være at det er større fokus på barns rettsbeskyttelse i politikken og samfunnet generelt. Lovgivers ønske om å oppnå en ytterligere bedret rettsikkerhet for barn ved at det skal være en absolutt avvergingsplikt i loven kan ikke bedres før straffelovens § 139 tas i bruk. Før denne tas i bruk, blir den ikke oppfattet som en straffetrussel. Lovgivers holdning som sier at alle har et ansvar kommer ikke ut i samfunnet. Loven og håndhevelse av denne har en holdningsskapende virkning. Straffeloven og straffehåndhevelse virker kan man si, som en anskuelig moralpropaganda [51]. Budskapet om at det ikke er greit å ikke bry seg må ut blant folk. Hverken som enkeltpersoner eller som offentlige etater og instanser kan vi la være å bry oss, eller la være å se. De voksne må tørre å bruke denne bestemmelsen, koste hva det koste vil.

11 Litteraturliste

Bøker og Artikler

Bratholm & Matningsdal: Straffeloven med kommentar del II (Oslo 1995)

Slettan, Svein og øie, Toril Marie: Forbrytelse og straff 1997

Husabø, Erling: Straffeansvarets periferi – medvirkning, forsøk, førebuing (Bergen 1999)

Johs. Andenæs: Alminnelig strafferett 5.utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn (Oslo 2005)

Eskeland, Ståle: Strafferetten, 2.utgave 2006

Eckhoff, Torstein: Rettskildelære 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2000)

Jussens Venner 2008, Matningsdal, Magnus: Medvirkning til straffbare handlinger

Linda Grønning: Familjevåld i grensesnittet mellan strafferetten och barnevernsretten: Om offentliga myndigheters rett og plikt att anmellda brott.

Lover og Forarbeider

ALLMINNELIG BORGERLIG STRAFFELOV (STRAFFELOVEN) av 22.mai 1902 nr 10

Lov om barn og foreldre av 8.april 1981 nr. 7 (barnelova)

Barnekonvensjonen

NOU 2003: 31

NOU 1992:23

Ot.prp. 90 (2003-2004)

Ot.prp.nr 28 (1999-2000)

Prop.116 L (2009-2010)

Meld.st. 15 (2012-2013)

Rettspraksis

Høyesterett

HR -2013-2023-A-R.t 2013-1211

Publiserte Underrettsdommer

LA-2008-179 127

LA- 2012-92858 RG- 2013-292

TNOST 2010-153052-2

Referanse liste:

1. Ot.prp.90 (2003-2004) s.770
2. Straffeloven med kommentar del II Bratholm & Matningsdal.red (Oslo 1995) s 197 og
Kommentar til Alminnelig borgelig straffelov, Kjerschov (Oslo 1930) s 399
3. Meld.st. 15 (2012-2013)
4. NOU 2003:31 s 61, Ot.prp.nr 104 (2008-2009) spesielt kap. 6 og Ot.prp.nr 22(2008-2009)
5. ot.prp.90 (2003-2004)
6. Ot.prp.nr 28 (1999-2000) s 34-35
7. Straffeloven med kommentar s 198
8. Straffeloven med kommentar s 199
9. Straffeloven med kommentar s 198
10. Linda Grøning, Familievåld i grensesnittet mellan strafferetten og barneværnsretten: Om
offentliga myndigheters rett och plikt att anmellda brott
11. Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett 5.utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik
Rieber-Mohn s. 137
12. Slettan og øie , Forbrytelse og Straff, s 122
13. Husabø, Straffeansvarets periferi, Bergen 1999 s 76
14. Johs. Andenæs, op.cit. s 101
15. Johs. Andenæs, op.cit. s 104
16. i.c.
17. Johs. Andenæs, op.cit. s.106
18. Johs. Andenæs, op.cit. s 107
19. Eskeland (2006) s. 185
20. Torstein Eckhoff, Rettskildelære 5. utg. ved Jan E. Helgesen s 371

21. i.c.
22. ot.prp.nr 90 (2003-2004 s 77
23. prop.116 L (2009-2010) pkt. 12.3
24. Kommentar til straffeloven s 198
25. Johs. Andenæs, op.cit. s 109
26. Johs. Andenæs, op.cit. s 208
27. Johs. Andenæs, op.cit. s 209
28. Ot.prp.90 (2003-2004) Merknader til de enkelte bestemmelsene, ny lov 22
29. Johs. Andenæs, op.cit. s 210
30. Johs. Andenæs, op.cit. s. 215
31. Johs. Andenæs, op.cit. s. 243
32. prop.116 L (2009-2010)
33. NOU 1992:23 s 115
34. Johs. Andenæs, op.cit.s.221
35. Johs. Andenæs, op.cit. s 222
36. Johs. Andenæs, op.cit. s. 223
37. Johs. Andenæs, op.cit. s 150
38. ot.prp.90 (2003-2004)
39. Johs. Andenæs, op.cit. s 185
40. Johs. Andenæs, op.cit. s 182
41. Johs. Andenæs, op.cit.s.185
42. Franz v.Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II (Berlin 1905) s 43 og 219.
43. Johs. Andenæs, op.cit. s. 547
44. Artikkel av Magnus Matningsdal, Medvirkning til straffbare handlinger, Jussens Venner 2008
45. Ibid.
46. Ibid.
47. Johs. Andenæs, op.cit. s 323
48. Husabø, op.cit. s 174,
49. Artikkel av Magnus Matningsdal, Medvirkning til straffbare handlinger, Jussens Venner 2008
50. Ibid.
51. Johs. Andenæs, op.cit. s 84